

**TESTEERVRYHEID IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG IN DIE LIG VAN 'n  
HANDVES VAN REGTE**

deur

**FRANÇOIS DU TOIT**



**PROEFSKRIF**

ingelewer vir die graad

**DOKTOR IN DIE REGSGELEERDHEID**

aan die

**UNIVERSITEIT VAN STELLENBOSCH**

*PROMOTOR: PROFESSOR MJ DE WAAL*

*Verklaring*

Ek, die ondergetekende, verklaar hiermee dat die werk in hierdie proefskrif vervat my eie oorspronklike werk is en dat ek dit nie vantevore in die geheel of gedeeltelik by enige universiteit ter verkryging van 'n graad voorgelê het nie.

6 November 2000



## OPSOMMING

Testeervryheid vorm een van die grondslae van die Suid-Afrikaanse testate erfreg. Suid-Afrikaanse testateurs kan diensgevolge na goeddunke by wyse van testament oor hul bates beskik. Hierdie vryheid is egter nie absoluut nie en word ooreenkomstig bepaalde sosiale en ekonomiese oorwegings beperk - sommige beperkings is gemeenregtelik van aard terwyl andere in wetgewing beslag kry. Die *boni mores* of regsgevoel van die gemeenskap is een van die sosiaal-gefundeerde meganismes aan die hand waarvan testeervryheid in die Suid-Afrikaanse reg beperk word. Sowel die Suid-Afrikaanse wetgewer as die Suid-Afrikaanse hofe het egter in onlangse tye in gebreke gebly om die regsposisie ten opsigte van die beperking van testeervryheid ingevolge die *boni mores* te vernuwe. Regsontwikkeling op hierdie gebied is des te meer noodsaaklik in die lig van Suid-Afrika se nuwe grondwetlike bedeling - die invloed van grondwetlike regte en beginsels op die privaatrecht (en derhalwe ook op testeervryheid) word geredelik deur die interpretasie en toepassing van Suid-Afrika se finale Grondwet aan die orde gestel.

In die lig van bogenoemde oorwegings word 'n studie van testeervryheid in die algemeen en die aanwending van 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf ter beperking van testeervryheid in die besonder in hierdie werk onderneem. Die studie geskied deurgaans aan die hand van tersaaklike juridiese, sosiale en ekonomiese oorwegings wat sowel testeervryheid as die beperking van dié vryheid fundeer. In hierdie verband word 'n historiese perspektief ter aanvang verkry deurdat die benadering tot testeervryheid in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg ontleed word. Die posisie in die Suid-Afrikaanse reg word daarna op tweeledige wyse ondersoek. Die "tradisionele" benadering tot testeervryheid (en die beperking daarvan) word enersyds onder die loep geneem waarna 'n teoretiese perspektief op die moontlike invloed van tersaaklike bepalinge van die Suid-Afrikaanse Handves van Regte op testeervryheid andersyds verkry word. 'n Regsvergelykende studie word daarna onderneem. In hierdie verband word die benadering tot testeervryheid in sowel "common law"- as kontinentale of "civil law"-regstelsels beskou. Die Engelse en Australiese reg word as voorbeelde van eersgenoemde ontleed terwyl die Nederlandse, Belgiese en Duitse reg as voorbeelde van laasgenoemde beskou word.

Die fokus van die ondersoek na al die regstelsels hierbo vermeld, val enersyds op die onderskraging wat in elke regstelsel aan testeervryheid verleen word. Sodanige onderskraging spruit geredelik uit die erkenning in die onderskeie regstelsels van private eiendomsreg en derhalwe private erfopvolging, laasgenoemde wat weer op die erkenning van testeervryheid dui. Ook ander elemente van die testate erfreg wat in elke van die genoemde regstelsels ter onderskraging van testeervryheid funksioneer, word beskou. Die beperking van testeervryheid in elk van die regstelsels word andersyds ondersoek. Die fokus val in hierdie verband veral op die invloed van die *boni mores*, regsgevoel van die gemeenskap, openbare belang, openbare beleid (laasgenoemde veral relevant in "common law"-regstelsels) en die goeie sedes (veral relevant in kontinentale regstelsels) op die beperking van testeervryheid.

In die slothoofstuk word voorstelle omtrent 'n toekomstige benadering tot die beperking van testeervryheid in die Suid-Afrikaanse reg aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf gemaak. Die vernaamste voorstel in hierdie verband vind beslag in 'n nuwe statutêre bepaling wat die onderhawige regsprobleem ten beste sal aanspreek. Hierdie voorstel word ten slotte aan die hand van praktiese voorbeelde toegelig.

- - - - - \* - - - - -



## SUMMARY

Freedom of testation is one of the underlying principles of the South African law of testate succession. South African testators may therefore dispose of their assets by way of will in any manner they deem fit. This freedom is however not absolute and is indeed restricted in accordance with certain social and economic considerations - some of the restrictions on free testamentary disposition originated at common law while others are couched in the form of statute. The *boni mores* or legal convictions of the community is one of the socially founded mechanisms which operate to limit freedom of testation in South African law. The South African legislature as well as the South African courts have however been somewhat remiss in attending to (and rejuvenating) the legal position regarding the restriction of freedom of testation in terms of the *boni mores*. The need for legal development in this area is all the more acute in view of South Africa's new constitutional dispensation - the interpretation and application of South Africa's final Constitution has rendered the influence of constitutional rights and principles on private law (and therefore also on freedom of testation) a pertinent legal issue.

In view of the above-mentioned considerations, this work entails a general study of freedom of testation with specific reference to the application of a constitutionally founded *boni mores*-criterion on the restriction of free testamentary disposition. This study proceeds with due cognisance of relevant juridical, social and economic considerations which provide a basis for both freedom of testation and its limitation. In this regard a historical perspective is obtained at the outset through an analysis of the approach to freedom of testation in Roman and Roman-Dutch law. The position with regard to South African law is thereafter investigated. The "traditional" approach to freedom of testation (and its restriction) is examined first, whereafter the possible impact of relevant provisions of the South African Bill of Rights on free testamentary disposition is considered from a theoretical perspective. A comparative study then follows. In this regard the approach to freedom of testation in both common law and continental or civil law legal systems is investigated. English and Australian law are considered as examples of the former while Dutch, Belgian and German law are considered as examples of the latter.

The investigation into all the legal systems mentioned above has a dual focus. On the one hand the support which is rendered to freedom of testation in each legal system is considered. This support is readily founded on the acknowledgement in each system of private ownership and hence private succession, the latter which in turn acknowledges testamentary freedom. Other elements of the law of testate succession which render support to freedom of testation in each system are also examined. The restriction of free testamentary disposition in each legal system is investigated on the other hand. This investigation is principally focused on the impact of the *boni mores*, legal convictions of the community, public interest, public policy (the last-mentioned consideration is of particular importance in common law legal systems) and the good morals (particularly relevant in civil law legal systems) on the restriction of freedom of testation.

Proposals for a future approach to the restriction of freedom of testation in South African law in accordance with a constitutionally founded *boni mores*-criterion are advanced in the closing chapter. The principal proposal in this regard is couched in the form of a new statutory provision which would best address the legal problem under discussion. This proposal is then illustrated with reference to practical examples.

- - - - - \* - - - - -



### *Bedankings*

Ek wil graag my opregte dank aan die volgende persone en instellings betuig:

- my promotor, professor Marius de Waal, vir sy waardevolle leiding, raad en ondersteuning;
- my twee mede-eksaminatore, professor Sonia Human en regter Belinda van Heerden, vir hulle waardevolle kommentaar op my navorsingsresultate;
- die Universiteit van Wes-Kaapland, nie alleen vir bykomende finansiële steun aan my verleen tydens my studietydperk nie, maar ook vir die organisasie van 'n navorsingsbesoek aan die Katolieke Universiteit Leuven;
- my gasdosent aan die Katolieke Universiteit Leuven, professor doktor Walter Pintens, vir sy hulp en bystand tydens my besoek;
- die Nasionale Navorsingstigting (NRF) vir 'n studiebeurs aan my verleen - die bevindings en navorsingsresultate in hierdie werk vervat, word egter nie noodwendig deur hierdie instelling onderskryf nie;
- my vrou, Mariëtte, vir haar ondersteuning en belangstelling asook haar bereidwilligheid om die fort tuis te hou tydens my buitelandse besoeke;
- my ouers, suster, swaer, skoonouers, ander familieleden, kollegas en vriende vir hulle onderskraging en steun;
- ons Hemelse Vader vir die geleenthede en seëninge wat Hy oor elkeen se lewenspad bring.

"Hiervoor het Christus immers Homself as volkome offer deur die ewige Gees aan God geoffer. Daarom is Hy ook die Middelaar van 'n nuwe verbond. Sy dood het plaasgevind om mense te verlos van die oortredinge wat onder die eerste verbond begaan is, sodat dié wat geroep is, die beloofde ewige erfenis kan ontvang. Dit is soos met 'n testament: daar moet eers bewys word dat die testamentmaker dood is, want 'n testament word alleen geldig by die dood van die testamentmaker; dit word nooit van krag solank as hy nog leef nie... So is Christus ook net een maal geoffer om die sondes van baie weg te neem. As Hy die tweede keer verskyn, kom Hy nie in verband met sonde nie, maar om verlossing te bring vir dié wat Hom verwag."

Hebreërs 9: 14b-17 & 28

## INHOUDSOPGAWE

Bladsy

### HOOFSTUK 1

#### ALGEMENE INLEIDING

1 1	INLEIDING.....	1
1 2	'n BESKOUING VAN ENKELE ASPEKTE MET BETREKKING TOT ERFOPVOLGING AS JURIDIESE, SOSIALE EN EKONOMIESE INSTELLING.....	4
1 2 1	Private erfopvolging en private eiendomsreg binne 'n kapitalistiese bestel.....	4
1 2 2	Kritiek op en 'n alternatief tot private erfopvolging binne 'n kapitalistiese bestel.....	6
1 2 3	Die basiese funksie van die erfreg.....	11
1 2 4	Die sosiale en ekonomiese grondslae van die erfreg.....	17
1 2 4 1	<i>Sosiale invloede op die erfreg</i> .....	17
1 2 4 2	<i>Ekonomiese invloede op die erfreg</i> .....	19
1 3	PROBLEEMSTELLING EN VOORGESTELDE BENADERINGSWYSE.....	22
1 3 1	Testeervryheid as beginsel.....	23
1 3 2	Die beperking van testeervryheid.....	24
1 3 3	Die <i>boni mores</i> of regsgevoel van die gemeenskap ter beperking van testeervryheid.....	25
1 3 4	Algemene probleemstelling en benaderingswyse.....	28



## AFDELING A

### TESTEERVRYHEID IN DIE ROMEINSE EN ROMEINS-HOLLANDSE REG

#### HOOFSTUK 2

#### DIE ROMEINSE REG

2 1	INLEIDING.....	32
2 2	TESTEERVRYHEID IN DIE ROMEINSE REG.....	36
2 2 1	Die benadering tot testeervryheid in die Romeinse reg.....	36
2 2 2	Romeinsregtelike ontwikkeling van testeervryheid ten opsigte van <i>heredis institutio</i> en <i>exhereditio</i> .....	37
2 2 2 1	<i>Die invloed van die sosio-ekonomiese en godsdienstige rol van die Romeinse familia as 'n juridiese eenheid op ontwikkeling ten opsigte van heredis institutio en exhereditio in die vroeë Romeinse erfreg</i> .....	38
2 2 2 2	<i>Verdere ontwikkeling ten opsigte van heredis institutio en exhereditio tydens die latere Romeinse Republiek</i> .....	41
2 2 3	Die onderlinge verband tussen testeervryheid en enkele ander elemente van die Romeinse testate erfreg.....	44
2 2 3 1	<i>Testeerbevoegdheid</i> .....	44
2 2 3 2	<i>Die vrye en onbelemmerde aard van die testeerhandeling</i> .....	46
2 2 3 3	<i>Die delegasie van testeerbevoegdheid</i> .....	47
2 2 3 4	<i>Eksterne formalisme: testamentêre verlydingsformaliteite</i> .....	49
2 2 3 5	<i>Kontraktuele erfopvolging</i> .....	51
2 2 3 6	<i>Die veranderlikheid en herroeplikheid van testamente</i> .....	52
2 2 3 7	<i>Interne formalisme: die interpretasie van testamente</i> .....	53
2 3	DIE BEPERKING VAN TESTEERVRYHEID IN DIE ROMEINSE REG.....	55
2 3 1	Die beperking van testeervryheid ten opsigte van <i>exhereditio</i> .....	56
2 3 1 1	<i>Vererwing iure civili in geval van praeteritio van 'n testateur se sui heredes</i> .....	57



2 3 1 2	<i>Bonorum possessio contra tabulas</i> .....	58
2 3 1 3	<i>Die querela inofficiosi testamenti</i> .....	59
2 3 2	Die beperking van testeervryheid deur voorbehoud van die reg tot 'n bepaalde gedeelte van boedels ten gunste van sekere persone.....	62
2 3 2 1	<i>Die lex Furia testamentaria en die lex Voconia</i> .....	63
2 3 2 2	<i>Die lex Falcidia</i> .....	63
2 3 2 3	<i>Die Senatusconsultum Trebellianum en Senatusconsultum Pegasianum</i> ..	64
2 3 2 4	<i>Die quarta Antonina of quarta Divi Pii</i> .....	65
2 3 2 5	<i>Die quarta uxoria of quarta viduae egentis</i> .....	66
2 3 3	Die beperking van testeervryheid buite die sfeer van <i>exheredatio</i> en verwante gevalle.....	68
2 3 3 1	<i>Die Romeinsregtelike benadering tot wederregtelike testamentêre bepalings en testamentêre bepalings wat teen die goeie sedes is</i> .....	68
2 3 3 2	<i>Die Romeinsregtelike benadering tot familieskikkings en die ewigdurendheid van fideicommissa</i> .....	71
2 4	BEOORDELING.....	73

### HOOFSTUK 3

#### DIE ROMEINS-HOLLANDSE REG

3 1	INLEIDING.....	76
3 2	TESTEERVRYHEID IN DIE ROMEINS-HOLLANDSE REG.....	79
3 2 1	Die benadering tot testeervryheid in die Romeins-Hollandse reg.....	79
3 2 2	Die onderlinge verband tussen testeervryheid en enkele ander elemente van die Romeins-Hollandse testate erfreg.....	80
3 2 2 1	<i>Testeerbevoegdheid</i> .....	81
3 2 2 2	<i>Die vrye en onbelemmerde aard van die testeerhandeling</i> .....	82
3 2 2 3	<i>Die delegasie van testeerbevoegdheid</i> .....	85
3 2 2 4	<i>Eksterne formalisme: testamentêre verlydingsformaliteite</i> .....	86
3 2 2 5	<i>Kontraktuele erfopvolging</i> .....	87
3 2 2 6	<i>Die veranderlikheid en herroeplikheid van testamente</i> .....	90
3 2 2 7	<i>Interne formalisme: die interpretasie van testamente</i> .....	90

3 3	DIE BEPERKING VAN TESTEERVRYHEID IN DIE ROMEINS-HOLLANDSE REG.....	91
3 3 1	Die rol in die Romeins-Hollandse reg van enkele Romeinsregtelike instellings wat in laasgenoemde regstelsel 'n rol ten opsigte van die beperking van testeervryheid gespeel het.....	92
3 3 1 1	<i>Heredis institutio en exheredatio</i> .....	92
3 3 1 2	<i>Die portio legitima of legitim</i> .....	93
3 3 1 3	<i>Die quarta Falcidia en quarta Trebelliana</i> .....	94
3 3 1 4	<i>Die quarta uxor</i> .....	95
3 3 2	Die benadering in die Romeins-Hollandse reg tot wederregtelike testamentêre bepalings en testamentêre bepalings wat teen die goeie sedes is.....	97
3 3 3	Die benadering in die Romeins-Hollandse reg tot familieskikkings en die ewigdurendheid van <i>fideicommissa</i> .....	103
3 4	BEOORDELING.....	105

## AFDELING B

### TESTEERVRYHEID IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

#### HOOFSTUK 4

##### TESTEERVRYHEID BUITE DIE INVLOEDSFEER VAN DIE GRONDWET

4 1	INLEIDING.....	108
4 2	TESTEERVRYHEID IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG.....	111
4 2 1	Die benadering tot testeervryheid in die Suid-Afrikaanse reg.....	111
4 2 2	Die onderlinge verband tussen testeervryheid en enkele ander elemente van die Suid-Afrikaanse testate erfreg.....	115
4 2 2 1	<i>Testeerbevoegdheid</i> .....	116
4 2 2 2	<i>Die vrye en onbelemmerde aard van die testeerhandeling</i> .....	118
4 2 2 3	<i>Die delegasie van testeerbevoegdheid</i> .....	121



4 2 2 4	<i>Eksterne formalisme: testamentêre verlydings- en wysigingsformaliteite en die kondonasiebevoegdheid van die hoërhof.....</i>	123
4 2 2 5	<i>Kontraktuele erfopvolging.....</i>	127
4 2 2 6	<i>Die veranderlikheid en herroeplikheid van testamente.....</i>	132
4 2 2 7	<i>Interne formalisme: die interpretasie en rektifikasie van testamente asook die wysiging van die bepalings van 'n testament na die dood van 'n testateur.....</i>	134
4 3	<b>DIE BEPERKING VAN TESTEERVRYHEID IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG.....</b>	139
4 3 1	<b>Die beperking van testeervryheid op grond van sosiale oorwegings.....</b>	141
4 3 1 1	<i>Die gemeenregtelike eis van afhanklike kinders vir onderhoud teen die bestorwe boedel van 'n ouer.....</i>	141
4 3 1 2	<i>Die statutêre eis van 'n oorlewende gade vir onderhoud teen die bestorwe boedel van 'n oorlede gade ingevolge artikels 2 en 3 van die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades.....</i>	143
4 3 1 3	<i>Wederregtelike testamentêre bepalings en testamentêre bepalings wat teen die goeie sedes is.....</i>	145
4 3 1 4	<i>Die beperking van testeervryheid op grond van artikels 2 en 3 van die Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed.....</i>	148
4 3 1 5	<i>Die beperking van testeervryheid op grond van artikel 13 van die Wet op die Beheer oor Trustgoed.....</i>	150
4 3 2	<b>Die beperking van testeervryheid op grond van ekonomiese oorwegings.....</b>	152
4 3 2 1	<i>Die beperking van testeervryheid op grond van artikels 2, 3, 6 en 8 van die Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed.....</i>	152
4 3 2 2	<i>Die beperking van testeervryheid op grond van artikels 20 en 21 van die Mineraalwet.....</i>	155
4 3 2 3	<i>Die beperking van testeervryheid op grond van artikel 13 van die Wet op die Beheer oor Trustgoed.....</i>	157
4 3 2 4	<i>Die beperking van testeervryheid op grond van artikel 37C van die Wet op Pensioenfondse.....</i>	159



4 3 3	Die beperking van testeervryheid ten opsigte van voorskriftelike testamentêre bepalinge waardeur gepoog word om die gedrag van begunstigdes en/of die benutting van bates te beheer - 'n besondere studie.....	162
4 3 3 1	<i>Verbeuringsbepalinge</i> .....	163
4 3 3 2	<i>Bepalinge met 'n liefdadigheidsoogmerk (piae causae)</i> .....	168
4 3 3 3	<i>Vaagheid of onsekerheid van bepalinge op ras, nasionaliteit of geloof gegrond</i> .....	174
4 4	BEOORDELING.....	180

## HOOFTUK 5

### TESTEERVRYHEID EN DIE INVLOED VAN DIE GRONDWET

5 1	INLEIDING.....	184
5 2	DIE TOEPASLIKHEID VAN 'n HANDVES VAN REGTE OP DIE GEBIED VAN DIE PRIVAATREG.....	187
5 2 1	'n Teoretiese beskouing van die benaderings tot die vertikale en horisontale werking van grondwetlike regte.....	188
5 2 1 1	<i>Die vertikale werking van grondwetlike regte</i> .....	188
5 2 1 2	<i>Die horisontale werking van grondwetlike regte</i> .....	191
5 2 2	Die posisie in die Suid-Afrikaanse reg.....	194
5 2 2 1	<i>Die posisie ingevolge die tussentydse Grondwet</i> .....	194
5 2 2 2	<i>Die posisie ingevolge die finale Grondwet</i> .....	197
5 2 3	Ontwikkeling van die gemene reg ten einde aan die "gees, strekking en oogmerke" van die Handves van Regte uiting te gee.....	203
5 3	DIE INVLOED VAN DIE HANDVES VAN REGTE OP TESTEERVRYHEID.....	207
5 3 1	'n Grondwetlike waarborg ten opsigte van private erfopvolging en testeervryheid.....	208
5 3 1 1	<i>Die reg op eiendom</i> .....	208
5 3 2	Die beperking van testeervryheid ingevolge die Handves van Regte.....	212
5 3 2 1	<i>Die reg op gelykheid</i> .....	215
5 3 2 2	<i>Die reg op menswaardigheid</i> .....	218

5 3 2 3	<i>Die reg op privaatheid.....</i>	219
5 3 2 4	<i>Die reg op vryheid van godsdienst, oortuiging en mening.....</i>	220
5 3 2 5	<i>Die reg op vryheid van uitdrukking.....</i>	222
5 3 2 6	<i>Die reg op vryheid van assosiasie.....</i>	224
5 3 2 7	<i>Politieke regte.....</i>	225
5 3 2 8	<i>Die reg op vryheid van beweging en verblyf.....</i>	226
5 3 2 9	<i>Die reg op vryheid van bedryf, beroep en professie.....</i>	227
5 3 2 10	<i>Die reg op taal en kultuur.....</i>	228
5 4	<b>BEOORDELING.....</b>	229

## AFDELING C

### 'n REGSVERGELYKENDE STUDIE

#### HOOFSTUK 6

#### TESTEERVRYHEID IN "COMMON LAW"-REGSTELSELS: BESONDERE ASPEKTE VAN TESTEERVRYHEID IN DIE ENGELSE EN AUSTRALIESE REG

6 1	<b>INLEIDING.....</b>	232
6 2	<b>DIE ENGELSE REG.....</b>	234
6 2 1	<b>Historiese oorsig en die benadering tot testeervryheid in die Engelse reg.....</b>	234
6 2 2	<b>Die beperking van testeervryheid in die Engelse reg.....</b>	239
6 2 2 1	<i>Die beperking van testeervryheid op grond van sosiale en ekonomiese oorwegings - 'n oorsig oor twee tersaaklike beperkings op testeervryheid in die Engelse reg.....</i>	239
6 2 2 1 1	<u>Die Engelsregtelike "family provision".....</u>	239
6 2 2 1 2	<u>Die Engelsregtelike "rule against perpetuities".....</u>	241
6 2 2 2	<i>Die benadering in die Engelse reg tot wederregtelike testamentêre bepalings en testamentêre bepalings wat met openbare beleid bots.....</i>	243
6 2 2 2 1	<u>'n Engelsregtelike grondwetlike perspektief op die beperking van testeervryheid.....</u>	243



6 2 2 2 2	<u>Wederregtelike testamentêre voorwaardes en testamentêre voorwaardes wat met openbare beleid bots.....</u>	247
6 2 2 2 3	<u>Die beperking van testeervryheid ten opsigte van voorskriftelike testamentêre bepalings waardeur gepoog word om die gedrag van begunstigdes en/of die benutting van bates te beheer.....</u>	250
6 2 2 2 3 1	<u>Verbeuringsbepalings.....</u>	251
6 2 2 2 3 2	<u>Bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk.....</u>	260
6 2 2 2 3 3	<u>Vaagheid of onsekerheid van bepalings op ras, nasionaliteit of geloof gegrond.....</u>	267
6 3	DIE AUSTRALIESE REG.....	272
6 3 1	Historiese oorsig en die benadering tot testeervryheid in die Australiese reg.....	272
6 3 2	Die beperking van testeervryheid in die Australiese reg.....	276
6 3 2 1	<i>Die beperking van testeervryheid op grond van sosiale en ekonomiese oorwegings - 'n oorsig oor twee tersaaklike beperkings op testeervryheid in die Australiese reg.....</i>	277
6 3 2 1 1	<u>Die Australiese "family provision" of "testator's family maintenance".....</u>	277
6 3 2 1 2	<u>Die "rule against perpetuities" in die Australiese reg.....</u>	278
6 3 2 2	<i>Die benadering in die Australiese reg tot wederregtelike testamentêre bepalings en testamentêre bepalings wat met openbare beleid bots.....</i>	278
6 3 2 2 1	<u>'n Grondwetlike perspektief op die beperking van testeervryheid in die Australiese reg.....</u>	279
6 3 2 2 2	<u>Wederregtelike testamentêre voorwaardes en testamentêre voorwaardes wat met openbare beleid bots.....</u>	281
6 3 2 2 3	<u>Die beperking van testeervryheid ten opsigte van voorskriftelike testamentêre bepalings waardeur gepoog word om die gedrag van begunstigdes en/of die benutting van bates te beheer.....</u>	282
6 3 2 2 3 1	<u>Verbeuringsbepalings.....</u>	283
6 3 2 2 3 2	<u>Bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk.....</u>	288
6 3 2 2 3 3	<u>Vaagheid of onsekerheid van bepalings op ras, nasionaliteit of geloof gegrond.....</u>	291
6 4	BEOORDELING.....	293



## HOOFSTUK 7

### TESTEERVRYHEID IN KONTINENTALE REGSTELSELS: BESONDERE ASPEKTE VAN TESTEERVRYHEID IN DIE NEDERLANDSE, BELGIESE EN DUITSE REG

7 1	INLEIDING.....	296
7 2	DIE NEDERLANDSE REG.....	298
7 2 1	Historiese oorsig en die benadering tot testeervryheid in die Nederlandse reg.....	298
7 2 2	Die beperking van testeervryheid in die Nederlandse reg.....	303
7 2 2 1	<i>Die beperking van testeervryheid op grond van sosiale en ekonomiese oorwegings - 'n oorsig oor twee tersaaklike beperkings op testeervryheid in die Nederlandse reg.....</i>	303
7 2 2 1 1	<u>Die Nederlandse legitieme portie of wettelijk erfdeel.....</u>	303
7 2 2 1 2	<u>Die ongeldigheid van 'n testamentêre vervreemdingsverbod in die Nederlandse reg.....</u>	306
7 2 2 2	<i>Die benadering in die Nederlandse reg tot wederregtelike testamentêre bepalings en testamentêre bepalings wat teen die goeie sedes is.....</i>	307
7 2 2 2 1	<u>'n Grondwetlike perspektief op die beperking van testeervryheid in die Nederlandse reg.....</u>	307
7 2 2 2 2	<u>'n Teoretiese perspektief op die invloed van fundamentele regte op voorskriftelike testamentêre bepalings in die Nederlandse reg.....</u>	311
7 2 2 2 3	<u>Die rol van statutêre voorskrifte, die openbare orde en die goeie sedes ter beperking van testeervryheid in die Nederlandse reg.....</u>	313
7 3	DIE BELGIESE REG.....	318
7 3 1	Historiese oorsig en die benadering tot testeervryheid in die Belgiese reg....	318
7 3 2	Die beperking van testeervryheid in die Belgiese reg.....	322
7 3 2 1	<i>Die beperking van testeervryheid op grond van sosiale en ekonomiese oorwegings - 'n oorsig oor twee tersaaklike beperkings op testeervryheid in die Belgiese reg.....</i>	322
7 3 2 1 1	<u>Die Belgiese erfrechtelijke reserve.....</u>	322

7 3 2 1 2	<u>Die ongeldigheid van 'n testamentêre vervreemdingsverbod in die Belgiese reg.....</u>	324
7 3 2 2	<i>Die benadering in die Belgiese reg tot wederregtelike testamentêre bepalings en testamentêre bepalings wat teen die goeie sedes is.....</i>	325
7 3 2 2 1	<u>'n Grondwetlike perspektief op die beperking van testeervryheid in die Belgiese reg.....</u>	325
7 3 2 2 2	<u>'n Teoretiese perspektief op die invloed van fundamentele regte op voorskriftelike testamentêre bepalings in die Belgiese reg.....</u>	330
7 3 2 2 3	<u>Die rol van statutêre voorskrifte, die openbare orde en die goeie sedes ter beperking van testeervryheid in die Belgiese reg.....</u>	333
7 4	DIE DUITSE REG.....	337
7 4 1	Historiese oorsig en die benadering tot testeervryheid in die Duitse reg.....	337
7 4 2	Die beperking van testeervryheid in die Duitse reg.....	342
7 4 2 1	<i>Die beperking van testeervryheid op grond van sosiale en ekonomiese oorwegings - 'n oorsig oor twee tersaaklike beperkings op testeervryheid in die Duitse reg.....</i>	343
7 4 2 1 1	<u>Die Duitse <i>Pflichtteil</i>.....</u>	343
7 4 2 1 2	<u>Die ongeldigheid van 'n testamentêre vervreemdingsverbod in die Duitse reg.....</u>	344
7 4 2 2	<i>Die benadering in die Duitse reg tot wederregtelike testamentêre bepalings en testamentêre bepalings wat teen die goeie sedes is.....</i>	345
7 4 2 2 1	<u>'n Grondwetlike perspektief op die beperking van testeervryheid in die Duitse reg.....</u>	345
7 4 2 2 2	<u>Die rol van statutêre voorskrifte en die goeie sedes ter beperking van testeervryheid in die Duitse reg.....</u>	348
7 5	BEOORDELING.....	352



## AFDELING D

### HOOFSTUK 8

#### GEVOLGTREKKINGS EN AANBEVELINGS

8 1	INLEIDING.....	355
8 2	OPLOSSING VAN DIE GESTELDE PROBLEEM.....	356
8 2 1	Basiese uitgangspunte ter oplossing van die gestelde probleem.....	356
8 2 2	Beginselstandpunte ten gunste van en teen die (verdere) beperking van testeervryheid aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde <i>boni mores</i> - maatstaf.....	359
8 2 2 1	<i>Standpunte ten gunste van en teen die beperking van testeervryheid aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde boni mores-maatstaf ten opsigte van bepalings wat uit-en-uit onderwing bewerkstellig.....</i>	362
8 2 2 2	<i>Standpunte ten gunste van en teen die (verdere) beperking van testeervryheid aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde boni mores- maatstaf ten opsigte van voorskriftelike voorwaardelike bepalings...</i>	367
8 2 2 3	<i>Standpunte ten gunste van en teen die (verdere) beperking van testeervryheid aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde boni mores- maatstaf ten opsigte van voorskriftelike bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk.....</i>	379
8 2 3	Remedies.....	385
8 2 3 1	<i>Remedies waarby 'n grondwetlike beroep nie ter sake is nie.....</i>	386
8 2 3 2	<i>Remedies in die lig van 'n grondwetlike beroep.....</i>	387
8 2 3 3	<i>'n Voorgestelde nuwe remedie.....</i>	389
8 3	ILLUSTRASIE VAN DIE VOORGESTELDE OPLOSSING TOT DIE GESTELDE PROBLEEM AAN DIE HAND VAN PRAKTIESE VOORBEELDE.....	392
8 3 1	Voorskriftelike voorwaardelike bepalings.....	392
8 3 2	Voorskriftelike bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk.....	399
8 4	SLOTOPMERKINGS.....	403

**BIBLIOGRAFIE.....405**  
**VONNISREGISTER.....423**  
**REGISTER VAN WETGEWING.....439**

- - - - - \* - - - - -



## HOOFSTUK 1

### ALGEMENE INLEIDING

#### 1 1 INLEIDING

Die erfreg handel met die regsreëls wat die oorgang van bates uit die boedel van 'n oorledene as erflater reguleer. In hierdie verband bepaal die reëls van die erfreg wie bevoeg is om as begunstigdes in 'n erflater se bates te deel asook wat die omvang van elke begunstigde se bevoordeling is.<sup>1</sup>

Die Suid-Afrikaanse reg maak wesenlik vir twee wyses van erfopvolging voorsiening. 'n Erflater kan enersyds 'n geldige testament nalaat waarin hy as testateur self sy erfopvolgers aanwys en ook die wyse bepaal waarop sy bates onder hierdie opvolgers verdeel moet word. Hierdie wyse van erfopvolging staan as die testate of testamentêre erfreg bekend, welke regsgebied in die Suid-Afrikaanse reg deur hoofsaaklik gemeenregtelike beginsels en die Wet op Testamente<sup>2</sup> beheers word. Die testate erfreg kan omskryf word as die normkompleks wat erfopvolging ooreenkomstig die wil of wense van 'n testateur, soos uitgedruk in sy testament, reguleer. 'n Testament is 'n eensydige wilsverklaring deur 'n testateur waarin uiteengesit word hoe die bates wat in sy bestorwe boedel oorbly nadat skulde, ander verpligtinge en administrasiekoste verhaal is, aan aangeduide begunstigdes toegedeel moet word.<sup>3</sup> 'n Erflater kan ook erfregtelike bepalinge in 'n geldige huweliksvoorwaardekontrak insluit. Die huweliksvoorwaardekontrak word in die Suid-Afrikaanse reg as 'n geldige verskyningsvorm van kontraktuele erfopvolging gereken wat dientengevolge volle werking

---

<sup>1</sup>Corbett *et al Law of Succession* 1; Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 1; De Waal en Schoeman *Erfreg* 1.

<sup>2</sup>Wet 7 van 1953.

<sup>3</sup>Corbett *et al Law of Succession* 29-30; Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 116; De Waal en Schoeman *Erfreg* 1-2.

verseker van erfregtelike bepalinge in sodanige kontrak vervat.<sup>4</sup>

Indien 'n erflater andersyds geen geldige testament of huweliksvoorwaardekontrak met erfregtelike bepalinge nalaat nie, of die betrokke testament of huweliksvoorwaardekontrak op slegs 'n gedeelte van 'n erflater se bates betrekking het, of die testament wat wel nagelaat is, onuitvoerbaar word, is die tersaaklike wyse van erfopvolging die intestate erfreg. Hierdie regsgebied word in die Suid-Afrikaanse reg deur hoofsaaklik gemeenregtelike beginsels en die Wet op Intestate Erfopvolging<sup>5</sup> beheers. Die intestate erfreg kan omskryf word as die normkompleks wat erfopvolging reguleer wanneer 'n erflater nie self op regsgeldige wyse sy erfopvolgers aangedui het nie of andersins nie aan 'n erflater se regsgeldige wense uitvoering gegee kan word nie.<sup>6</sup>

In hierdie werk word 'n besondere aspek van die testate erfreg aan die orde gestel. Die Suid-Afrikaanse reg vergun naamlik testateurs om binne die raamwerk van sekere beperkings na goëddunke by wyse van testament te beskik oor die bates wat by hul dood deel van hul boedels uitmaak. Hierdie vryheid waarvoor testateurs beskik, word testeervryheid genoem.<sup>7</sup> Suid-Afrikaanse testateurs geniet tradisioneel groot vryheid tot testamentêre beskikking en Suid-Afrikaanse howe is verplig om uitvoering aan die wense van testateurs te gee, selfs al was 'n testateur besonder "wispelturig, verbeeldingryk, egoïsties en onredelik" in die toewysing van sy bates.<sup>8</sup> Testeervryheid is egter geensins absoluut of onbelemmerd nie en word in gepaste gevalle daadwerklik in die Suid-Afrikaanse reg beperk. Sommige beperkings op testeervryheid is van gemeenregtelike oorsprong, terwyl ander statutêre beslag kry.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup>Corbett *et al Law of Succession* 30; De Waal en Schoeman *Erfreg* 2. Sien 4 2 2 5 omtrent kontraktuele erfopvolging in die Suid-Afrikaanse reg.

<sup>5</sup>Wet 81 van 1987.

<sup>6</sup>Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 21; De Waal en Schoeman *Erfreg* 8.

<sup>7</sup>Corbett *et al Law of Succession* 33; Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 621; De Waal en Schoeman *Erfreg* 2; 91.

<sup>8</sup>Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 251.

<sup>9</sup>Sien Hoofstuk 4 vir 'n volledige bespreking in hierdie verband.



Die huidige regsposisie ten opsigte van testeervryheid in die Suid-Afrikaanse reg vertoon (of gaan gebuk onder!) klaarblyklike juridiese onwerkzaamheid. Hierdie uitgangspunt word op twee oorwegings fundeer. Eerstens het nòg die wetgewer nòg die howe in onlangse tye veel aandag aan testeervryheid geskenk. Hierdie gebrek aan wetgewende en regterlike vernuwing het noodwendig (en ongelukkig) veroorsaak dat ontwikkeling op die onderhawige regsgebied grootliks agterweë gebly het. Tekenend van hierdie toedrag van sake is die feit dat gesaghebbende appèlhofuitsprake ten opsigte van sommige beperkings op testeervryheid tot so ver as die 1950's teruggaan. Dit behoeft geen betoog nie dat sodanige uitsprake (en die beginsels daarin verwoord) dikwels nie in die hedendaagse tydsgewrig langer steek hou nie. Daar bestaan in hierdie lig kennelik 'n behoefte aan heroorweging van die geheel van die regsposisie ten opsigte van testeervryheid binne 'n (meer) moderne regsomgewing.

Die gebrek aan regsontwikkeling op die onderhawige gebied is selfs meer opvallend indien die vooruitgang op grondwetlike gebied in Suid-Afrika sedert veral 1994 tweedens oorweeg word. Hierdie vooruitgang het onder andere die invloed van grondwetlike beginsels op die geheel van die Suid-Afrikaanse privaatrecht aan die orde gestel. Tog is daar steeds weinig aanduiding van die invloed van sodanige beginsels op die erfreg in die algemeen en testeervryheid in die besonder. Die vernaamste bydrae oor hierdie onderwerp tot op hede het gekom van De Waal waar hy in 'n beknopte regsvergelijkende studie waardevolle voorstelle maak ten opsigte van die moontlike invloed van veral die gelykheidsbepaling van die Suid-Afrikaanse Grondwet<sup>10</sup> op testeervryheid.<sup>11</sup> Buiten De Waal se bydrae is daar egter min oor die onderhawige onderwerp in die Suid-Afrikaanse reg te vinde. In hierdie lig behoeft dit eweneens geen betoog nie dat 'n volledige oorweging van die invloed van onlangse grondwetlike vernuwing op testeervryheid inderdaad aangewese is.

Bogenoemde twee oorwegings regverdig na my mening die omvattende studie wat in hierdie werk onderneem word ten opsigte van testeervryheid in die algemeen en die invloed van die Handves van Regte van die Suid-Afrikaanse Grondwet op die vryheid van testateurs tot testamentêre beskikking langs die weg van sekere testamentêre bepalinge in die besonder.

---

<sup>10</sup>Artikel 9 van Wet 108 van 1996.

<sup>11</sup>In Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G1.



Die studie geskied vanuit 'n historiese en regsvergelykende perspektief en het veral ten doel die maak van voorstelle aan die hand van praktiese voorbeelde ten einde die plek en rol van testeervryheid as grondbeginsel van die testate erfreg binne Suid-Afrika se grondwetlik-beïnvloedbare privaatreë te definieer.

Hierdie hoofstuk dien as algemene inleiding tot dié studie. Ter fundering van die geheel van die ondersoek word in die eerste gedeelte wat volg, gelet op enkele aspekte met betrekking tot erfopvolging as juridiese, sosiale en ekonomiese instelling. Daarna word die algemene probleemstelling vir doeleinde van die studie geformuleer, welke formulering deur 'n uiteensetting van die voorgestelde benaderingswyse ter oplossing van die gestelde probleem vergesel word.

## **1 2 'n BESKOUING VAN ENKELE ASPEKTE MET BETREKKING TOT ERFOPVOLGING AS JURIDIESE, SOSIALE EN EKONOMIESE INSTELLING**

In hierdie gedeelte word die grondslag vir die geheel van die studie gelê deur op enkele aspekte met betrekking tot erfopvolging as instelling te let. Die belangrike verband tussen private erfopvolging en private eiendomsreg binne 'n kapitalistiese ekonomiese ordening word eerstens beskou. Vervolgens word gelet op die kritiek van Haslett op die rol van private erfopvolging binne 'n kapitalistiese bestel. Die model deur Haslett voorgestel as alternatief tot erfopvolging word daarna beoordeel. Die bespreking van en kritiek op Haslett se model noop 'n ondersoek na die basiese funksie van die erfreg - verskeie moontlikhede word in hierdie verband oorweeg. Die gedeelte word afgesluit met 'n beskouing van die invloed van sosiale en ekonomiese faktore op die erfreg, welke invloed in die res van die werk ter fundering van die bespreking van tersaaklike ontwikkelings ten opsigte van sowel testeervryheid as die beperking van testeervryheid dien.

### **1 2 1 Private erfopvolging en private eiendomsreg binne 'n kapitalistiese bestel**

Soos reeds getoon, handel die erfreg met die regsreëls wat die oorgang van bates uit die boedel van 'n oorledene reguleer. Die erfreg fasiliteer derhalwe die oorgang van



eiendomsreg by die dood van 'n boedeleienaar.<sup>12</sup> Sodanige eiendomsoorgang vervul 'n besondere rol binne 'n eiendomsbestel wat aan private eiendomsreg erkenning verleen. Private eiendomsreg beteken ruim gestel dat 'n individu eiendomsreg oor bates in sy persoonlike of private hoedanigheid uitoefen (eerder as byvoorbeeld in 'n kollektiewe hoedanigheid saam met ander individue) en insgelyks geregtig is om sodanige eiendomsreg op so 'n wyse aan 'n volgende individu oor te dra dat laasgenoemde eweneens in staat is om eiendomsreg oor dié bates in sy persoonlike of private hoedanigheid uit te oefen. As algemene reël kan gestel word dat 'n eiendomsbestel wat aan private eiendomsreg erkenning verleen eweneens die instelling van private erfopvolging sal handhaaf. Private erfopvolging beteken in hierdie verband dat private eiendomsreg in bates by die dood van die eienaar van sodanige bates langs die weg van tersaaklike erfregtelike reëls op erfopvolgers oorgaan.<sup>13</sup>

Dit kan in die lig van bogenoemde eweneens as algemene reël gestel word dat private eiendomsreg en private erfopvolging 'n besondere rol vervul in samelewings waarvan die ekonomiese ordening op kapitalistiese oorwegings berus. Een van die vernaamste grondslae van kapitalisme is te vinde in die belangrikheid wat aan die verbruikswaarde van bates toegesê word, welke waarde ten beste verwesenlik word langs die weg van geredelike toegang van bates tot die handelsverkeer. Sodanige toegang word volgens kapitalistiese oordeel ten beste bewerkstellig indien bates in private eiendomsreg gehou word en sodanige eiendomsreg van een individu na 'n volgende oorgedra word ooreenkomstig die beginsel van vraag-en-aanbod.<sup>14</sup> Private erfopvolging bewerkstellig die oorgang van private eiendomsreg in die bates van 'n oorledene na 'n opvolger en verseker sodoende dat dié bates ten spyte van die eienaar se dood steeds vir toegang tot die handelsverkeer beskikbaar is (eerder as om byvoorbeeld staatsbesit te word en sodoende moontlik aan die handelsverkeer onttrek te word). Private erfopvolging is in hierdie lig heeltemal versoenbaar met genoemde grondslag van kapitalisme.

---

<sup>12</sup>Atherton en Vines *Australian Succession Law* 4; 17; Friedman 1966 *Wisconsin LR* 340; De Waal 1997 *Stell LR* 163.

<sup>13</sup>Atherton en Vines *Australian Succession Law* 17; Miller *The Machinery of Succession* 2; Friedman 1966 *Wisconsin LR* 342; 351.

<sup>14</sup>Atherton en Vines *Australian Succession Law* 17; Haslett 1986 *PPA* 126.



## 1 2 2 Kritiek op en 'n alternatief tot private erfopvolging binne 'n kapitalistiese bestel

Die oënskynlik natuurlike verband tussen kapitalisme en private erfopvolging is egter al in twyfel getrek. Haslett wys in hierdie verband op drie (soos hy dit noem) ideale van kapitalisme wat na sy mening nie met private erfopvolging te versoen is nie.<sup>15</sup> Die eerste hiervan is "verdeling ooreenkomstig produksie" - mense word binne 'n kapitalistiese bestel tot produktiwiteit aangemoedig deur hulle materieel te beloon vir dit wat hulle produseer, met die gevolg dat rykdom verdeel word in direkte verhouding tot die produksie-insette van individue. Haslett ag erfopvolging in stryd met hierdie ideaal aangesien die rykdom wat mense deur vererwing ontvang selde aan hul eie produktiwiteit toe te skryf is. Erfopvolging bring derhalwe volgens die skrywer materiële gewin in weerwil van gebrekkige produktiwiteit eerder dan as gevolg van doeltreffende produktiwiteit mee.<sup>16</sup>

Die tweede kapitalistiese ideaal waarna Haslett verwys, is "gelyke geleentheid" - ten einde standhoudende motivering tot produktiwiteit te verseker, moet elke deelnemer aan die kapitalistiese produktiwiteitswedloop op gelyke voet wegspring, of te wel 'n gelyke geleentheid tot deelname aan die wedloop hê. Haslett ag erfopvolging eweneens in stryd met hierdie beginsel aangesien rykdom wat deur vererwing bekom word aan die ontvanger daarvan 'n onregverdige voorsprong in die produktiwiteitswedloop besorg.<sup>17</sup> Hy verskaf 'n eenvoudige voorbeeld:<sup>18</sup>

"Say one inherits a million dollars. All one then needs to do is purchase long-term bonds yielding a guaranteed interest of ten per cent and (presto!) one has a yearly income of \$100,000, an income far greater than anyone who toils eight hours a day in a factory will probably ever have. If working in the factory pays, relatively, so little, then why, it might be asked, do not all these

---

<sup>15</sup>1986 *PPA* 127-137.

<sup>16</sup>1986 *PPA* 127.

<sup>17</sup>1986 *PPA* 128-130. Sien ook Finch *et al Wills, Inheritance and Families* 4; Davies 1982 *QJE* 471.

<sup>18</sup>1986 *PPA* 130-131.



workers become big-time investors themselves? The answer is that they are, their entire lives, barred from doing so by a lack of initial capital which others, through inheritance, are simply handed."

Die derde kapitalistiese ideaal waarop Haslett wys, is "vryheid" - die vermoë van of geleentheid vir 'n individu om te doen soos hy goedgevind. Volgens hierdie definisie van vryheid is welgestelde persone byvoorbeeld "vryer" as behoeftige persone aangesien eersgenoemde se rykdom hulle groter vryheid besorg om hul lewens na goedgevinde te skik. Haslett gee toe dat vryheid in die onderhawige verband ook die vryheid van 'n individu insluit om sy rykdom aan andere toe te deel, selfs by wyse van erfregtelike beskikking. Die skrywer argumenteer egter dat, indien laasgenoemde vryheid mense ontnem word, die "wins" ten opsigte van vryheid in die algemeen (in die betekenis hierbo gebruik) veel groter sal wees as die "verlies" as gevolg van die afskaffing van erfopvolging. Rykdom sal volgens Haslett in die afwesigheid van erfopvolging meer eweredig versprei kan word en, aangesien rykdom groter vryheid besorg, sal (voorheen) behoeftige mense (wat per definisie "minder vry" was as welgesteldes) langs die weg van sodanige egalistiese herverdeling van rykdom meer vryheid bekom en sodoende ooreenkomstig die onderhawige kapitalistiese ideaal beter in staat wees om hul lewens na goedgevinde te skik.<sup>19</sup>

In die lig van die onversoenbaarheid tussen genoemde kapitalistiese ideale en erfopvolging, kom Haslett tot die noodwendige gevolgtrekking dat private erfopvolging as instelling inderdaad afgeskaf moet word. Die skrywer is egter genoop om 'n alternatiewe model aan die hand te doen ten einde die gaping wat as gevolg van hierdie afskaffing gelaat sal word, te vul. Sy model vir sodanige alternatief sien soos volg daaruit. Eerstens sluit die afskaffing van erfopvolging ook die afskaffing van alle groot bemakings ("gifts") in, selfs bemakings *inter vivos*.<sup>20</sup> 'n Oorledene se bestorwe boedel gaan tweedens sonder meer op die staat oor wat dit ter handhawing van algemene welsyn moet aanwend.<sup>21</sup> Ten einde sy voorstel te hou binne die kapitalistiese ideale hierbo uiteengesit en om te voorkom dat die staat binne enkele

---

<sup>19</sup>1986 PPA 133-136.

<sup>20</sup>1986 PPA 137.

<sup>21</sup>1986 PPA 137.



generasies 'n monopolie ten opsigte van alle eiendom bekom, doen Haslett aan die hand dat die staat verplig word om die verkreeë bates binne 'n vasgestelde periode (byvoorbeeld een jaar na die eienaar se dood) op die ope mark aan die hoogste bieder te verkoop.<sup>22</sup> Hierdie aspek van sy voorstel is egter aan een uitsondering onderworpe, naamlik dat enige persoon deur die oorledene in sy testament aangewys die geleentheid gegun moet word om enige bate deur die oorledene in sy testament aangewys, te koop alvorens sodanige bate op die ope mark aangebied word. Hierdie uitsondering maak voorsiening vir die verkryging van byvoorbeeld familie-erfstukke of familie-besighede wat as sodanig 'n "groter waarde" vir die lede van 'n gesin of familie het as die waarde wat dit op die ope mark sal behaal.<sup>23</sup>

Haslett sluit sy voorstel vir die afskaffing van erfopvolging met drie algemene uitsonderings af. Hy stel in die lig van die vennootskapsbasis van die huwelik eerstens voor dat geen beperking geplaas word op bemakings aan oorlewende gades nie. Tweedens word individue toegelaat om by wyse van byvoorbeeld 'n trust *mortis causa* finansiële voorsiening te maak vir bepaalde afhanklikes soos weeskinders, geestelik of liggaamlik gestremdes of bejaardes wat nie oor die verdienvermoë beskik om finansiële onafhanklikheid vir hulself te verseker nie. Die skrywer se derde uitsondering maak voorsiening vir bemakings aan liefdadigheidsorganisasies maar sodanige organisasies word onder dieselfde verpligting as die staat geplaas wat die verkoop van verkreeë bates op die ope mark betref.<sup>24</sup>

Haslett se beoordeling van die rol van erfopvolging binne 'n kapitalistiese bestel en sy voorstel vir 'n model as alternatief tot erfopvolging verdien kortliks kommentaar.

Die skrywer benader die invloed van erfopvolging op die kapitalistiese ideale deur hom geïdentifiseer grootliks vanuit 'n Amerikaanse perspektief. Hy verwys byvoorbeeld in die eerste gedeelte van sy artikel na statistiek wat die ongelyke verdeling van rykdom in die

---

<sup>22</sup>1986 *PPA* 138.

<sup>23</sup>1986 *PPA* 138.

<sup>24</sup>1986 *PPA* 138-139.



Verenigde State van Amerika as gevolg van erfopvolging aan die lig bring.<sup>25</sup> Dit behoef geen betoog nie dat sodanige gegewens wat ten opsigte van byvoorbeeld Amerika geld, nie noodwendig in dieselfde mate op Suid-Afrika van toepassing is nie. Die omvang van die oordrag van rykdom by wyse van erfopvolging is denkbare veel groter in Amerika as in Suid-Afrika, aangesien heelwat meer individue in Amerika as in Suid-Afrika oor groot persoonlike rykdom beskik. Dit is kennelik onwaarskynlik dat daar enersyds baie Suid-Afrikaners is wat dermate deur erfopvolging bevoordeel word dat hulle nie nodig het om enige verdere produksie-insette te lewer nie of dat baie Suid-Afrikaners andersyds dermate uit erfopvolging voordeel trek dat hulle op omvangryke wyse 'n onregverdigde voorsprong in die produktiwiteitswedloop geniet. Dit lyk in die lig van die verskil in die verdeling van persoonlike rykdom tussen Amerika en Suid-Afrika dus onwaarskynlik dat erfopvolging die kapitalistiese ideale van "verdeling ooreenkomstig produksie" en "gelyke geleentheid" in laasgenoemde land op dieselfde wyse as in eersgenoemde in gedrang bring (in soverre daar natuurlik van 'n "suiwer" kapitalistiese bestel in Suid-Afrika sprake is!).

Daar kan moontlik wel geargumenteer word dat, die ongelyke verdeling van rykdom binne Suid-Afrika in ag genome, erfopvolging wel oneweredige verdeling van rykdom ter beperking van persoonlike vryheid (in die betekenis deur Haslett gebruik) teweegbring. As gevolg van die beduidende gaping in Suid-Afrika tussen diegene wat het (die sogenaamde "haves") en diegene wat nie het nie (die "have-nots"), beskik laasgenoemde naamlik nie sonder meer oor die vermoë of geleentheid om hul lewens na goeddunke in te rig nie. Aangesien erfopvolging dit vir diegene wat het moontlik maak om hul rykdom aan 'n (dikwels klein en reeds-bevoorregte) groep erfopvolgers van hul keuse oor te dra, word diegene wat nie het nie geredelik van sodanige rykdom (en van die vermoë of geleentheid wat dit meebring om na goeddunke te leef) uitgesluit. Die kapitalistiese ideaal van "vryheid" kom sodoende in gedrang. Die vraag of die afskaffing van erfopvolging egter hierdie probleem effektiewelik kan besweer, moet oorweeg word aan die hand van die werkbaarheid van Haslett se model as alternatief tot erfopvolging.

Haslett se alternatief tot erfopvolging is eweneens nie bo verdenking nie. Die ongewenstheid

---

<sup>25</sup>1986 *PPA* 124-126.



van grootskaalse staatsbetrokkenheid by die (her)verdeling van rykdom binne 'n kapitalistiese bestel (ingevolge waarvan staatsbetrokkenheid by die handelsverkeer eerder beperk word) kan eerstens as beginselbeswaar teen die skrywer se model geopper word. Benewens hierdie punt van ideologiese kritiek is dit tweedens te betwyfel of die staatsmasjinerie (veral in Suid-Afrika) oor die vermoë beskik om die enorme taak van "nasionale eksekuteur" oor te neem. Die bykomende burokratiese, administratiewe en finansiële las wat ingevolge Haslett se model op die staat geplaas word, opper opsigself (en die skrywer gee dit inderdaad toe<sup>26</sup>) bedenkinge omtrent die werkbaarheid van sy alternatief tot tradisionele erfopvolging en boedelbereddering. 'n Verbandhoudende derde beswaar handel met die vraag na die effektiewe afdwingbaarheid van 'n verbod op private erfopvolging. Individue kan immers langs die weg van byvoorbeeld geheime oorsese bankrekenings, vals salarisbetalings of bloot deur "geld onder die tafel deur te gee" maklik aan sodanige verbod ontkom. Haslett se verweer teen hierdie beswaar is dat ondersoekers van staatsinstellings (soos byvoorbeeld die Inkomstediens) wel tans suksesvol optree teen ontduikers van bestaande reëls ter regulering van persoonlike rykdom (inkomste- en boedelbelasting dien as goeie voorbeelde van sodanige reëls).<sup>27</sup> Hierdie verweer is waarskynlik geldig maar dit is denkbaar dat die bekamping van ontduiking van 'n algehele verbod op erfopvolging eweneens 'n bykomende burokratiese, finansiële en administratiewe las sal meebring, die omvang waarvan (veral in Suid-Afrikaanse verband) so groot kan wees dat die effektiewe afdwinging van sodanige verbod gekniehalter word. Haslett se model open vierdens self die deur tot omseiling. Die uitsondering ten gunste van bemakings aan gades deur die skrywer voorsien (hoewel prysenswaardig) is van besondere belang in hierdie verband. 'n Erflater wat sy bates "uit die hande van die staat" wil hou, word naamlik nie verhinder om al sodanige bates aan sy gade te bemaak nie. Op hierdie wyse kan bates steeds (selfs deur stilswyende onderlinge ooreenkoms) langs die weg van testamentêre bemakings aan oorlewende gades van generasie tot generasie in dieselfde gesin of familie gehou word. Die kapitalistiese ideale deur Haslett geïdentifiseer (veral dié ten opsigte van "vryheid") word sodoende nie gedien nie. Gesonde en verantwoordelike finansiële beplanning en batebestuur deur individue kom vyfdens in gedrang indien die afskaffing van groot bemakings impliseer dat ook met byvoorbeeld lewensversekering en

---

<sup>26</sup>1986 *PPA* 149.

<sup>27</sup>1986 *PPA* 142.



uittree-annuïteite weggedoen word.<sup>28</sup>

Dit blyk derhalwe dat sowel Haslett se kritiek op die rol van erfopvolging binne 'n kapitalistiese bestel as sy model ter vervanging van (tradisionele) private erfopvolging opsigself aan kritiek onderwerp kan word. Dit word in hierdie lig in oorweging gegee dat private erfopvolging as instelling behoue moet bly. Die negatiewe gevolge wat erfopvolging volgens Haslett inhou vir diegene wat nie het nie, moet in hierdie verband verreken word teen die belangrike positiewe rol of funksie wat die erfreg binne die moderne samelewingsverband te vervul het.

### 1 2 3 Die basiese funksie van die erfreg

Die kritiek wat teen Haslett se model ten opsigte van die afskaffing van private erfopvolging geopper kan word, bring die belangrike vraag na die rol van die erfreg te berde. Wat is met ander woorde die basiese funksie van die erfreg? De Waal wys op etlike moontlike antwoorde op hierdie vraag, enkele waarvan vervolgens onder die loep geneem word.<sup>29</sup>

Erfopvolging en die oordrag van belange in eiendom fundeer eerstens die langdurige voortbestaan van die sosiale bestel, veral die ekonomiese lewe, ten spyte van die dood van mense. In die woorde van Friedman:<sup>30</sup>

"[A] property system must include rules of succession which will solve the problem of distributing property over time, because the individuals who own property all eventually die."

Hierdie funksie van die erfreg is soos reeds getoon van besondere belang in 'n bestel wat aan private eiendomsreg erkenning verleen, aangesien die erfreg juis handel met die regsreëls wat

---

<sup>28</sup>Sien in laasgenoemde verband Friedman 1966 *Wisconsin LR* 351-352.

<sup>29</sup>1997 *Stell LR* 164.

<sup>30</sup>1966 *Wisconsin LR* 351. Sien ook Miller *The Machinery of Succession* 2; Finch *et al Wills, Inheritance and Families* 3.



die oorgang van bates uit die boedel van 'n oorledene reguleer en sodoende die oorgang van eiendomsreg by die dood van 'n eienaar fasiliteer. Haslett se voorgestelde afskaffing van erfopvolging kan in die lig van die verband tussen private eiendomsreg en private erfopvolging derhalwe as 'n skending van eersgenoemde aangemerkt word. Haslett argumenteer egter dat, in die lig van die vele beperkings wat reeds ten opsigte van die uitoefening van private eiendomsreg geld (neem die reëls ten opsigte van persoonlike en boedelbelasting of die sakeregtelike reëls van die burereg as voorbeelde), sodanige eiendomsreg nog nooit absolute werking geniet het nie. Die afskaffing van erfopvolging kan derhalwe volgens die skrywer bloot as 'n verdere beperking op private eiendomsreg gereken word.<sup>31</sup> Dit word egter in oorweging gegee dat sodanige afskaffing 'n radikale en omvattende ingreep op eiendomsreg daar sal stel wat veel verder sal gaan as enige van die bestaande beperkings wat op private eiendomsreg rus. Haslett gee self toe dat slegs 'n sorgvuldige afweging van die voor- en nadele van die afskaffing van private erfopvolging 'n antwoord kan bied op die vraag na die wenslikheid van sodanige afskaffing in die lig van die gevestigde beginsel van private eiendomsreg. Die skrywer wend egter self geen poging tot afweging van genoemde voor- en nadele aan nie. Sy model as alternatief tot private erfopvolging spreek soos reeds getoon ook nie die gaping wat deur sodanige afskaffing gelaat sal word effektiewelik aan nie. Dit blyk derhalwe dat die langdurige voortbestaan van die sosio-ekonomiese bestel as basiese funksie van die erfreg in weerwil van Haslett se beskouing geredelik stand hou.

'n Tweede funksie van die erfreg wat deur De Waal genoem word, is te vinde in die oorweging dat dit as aansporing tot kreatiwiteit, harde werk, inisiatief en uiteindelik produktiwiteit (waaruit ook andere voordeel trek) lei. Hierby kan gevoeg word dat spaarsamigheid en gesonde finansiële beplanning deur die erfreg aangemoedig word - individuele verantwoordelikheid word dus in die hand gewerk.<sup>32</sup> Hierdie standpunte berus klaarblyklik veral op die oorweging dat mense (veral ouers) gedurende hul lewens hard werk en ywerig spaar, onder andere ten einde in staat te wees om by hul dood vermoënsregtelike voordele langs die weg van erfregtelike bevoordeling aan andere (veral hul kinders) toe te

---

<sup>31</sup>1986 *PPA* 140.

<sup>32</sup>1997 *Stell LR* 164.



deel. Haslett is egter weer eens nie oortuig van die belangrikheid wat aan hierdie funksie van die erfreg toegeskryf word nie. Hy is ten opsigte van die motivering wat die erfreg tot hardwerkendheid en produktiwiteit verskaf van mening dat mense nie (uitsluitlik) aldus gemotiveer word deur die versugting om byvoorbeeld hul kinders erfregtelik te bevoordeel nie. Die skrywer wys eerstens daarop dat mense wat besluit om nie kinders te hê nie, nie ooglopend minder produktief is as dié wat wel kinders het nie.<sup>33</sup> Haslett is tweedens van mening dat die erfregtelike bevoordeling van andere nie noodwendig die enigste of selfs belangrikste faktor is wat mense se hardwerkendheid fundeer nie. Hy verduidelik aan die hand van 'n voorbeeld:<sup>34</sup>

"Take, for example, professional athletes. If inheritance were abolished, would they try any less hard to win? I doubt it. For one thing, abolishing inheritance would not, in any way, affect the amount of money they would be able to earn for use during their lives. So they would still have the prospect of a large income to motivate them. But there is something else that motivates them to do their best that is, I think, even more important, and is not dependent upon money: the desire to win or, in other words, to achieve that which entitles them to the respect of their colleagues, the general public, and themselves."

Haslett is ten opsigte van die motivering wat erfopvolging tot spaarsamigheid verskaf van mening dat die afskaffing van erfopvolging nie spaarsamigheid beduidend sal beïnvloed nie. Die skrywer betoog eerstens dat die versugting om andere erfregtelik te bevoordeel nie die enigste motivering tot spaarsamigheid is nie. Mense sal dus spaar (om vir byvoorbeeld aftrede of 'n onverwagse krisis voorsiening te maak) selfs al is hulle nie van plan om enigiets aan erfopvolgers na te laat nie.<sup>35</sup> Haslett is tweedens van mening (met verwysing na sy model hierbo bespreek) dat die herverdeling van rykdom aan voorheen behoeftiges wat deur die afskaffing van erfopvolging in die hand gewerk word bloot 'n klemverskuiwing in

---

<sup>33</sup>1986 *PPA* 144.

<sup>34</sup>1986 *PPA* 144.

<sup>35</sup>1986 *PPA* 146-147.



spaargedrag sal meebring - 'n klein aantal persone wat op groot skaal spaar (die "haves"), sal vervang word deur 'n groot aantal persone wat op klein(er) skaal spaar (die voormalige "have-nots").<sup>36</sup>

"[A]ny slack in investment attributable to a decrease in the *size* of the fortunes of those with enough to invest substantial amounts would, to some extent, be taken up by an increase in the *number* of people with fortunes large enough for them to invest substantial amounts."

Dit blyk derhalwe, ook in die lig van Haslett se kritiek, dat, alhoewel erfopvolging wel 'n aansporing tot kreatiwiteit, harde werk, inisiatief, produktiwiteit en spaarsamigheid verskaf, hierdie funksie van die erfreg moontlik minder gewig dra indien dit met ander tersaaklike funksies vergelyk word.

Hierdie siening strook met Langbein se beskouing van moderne tendense in die oordrag van familierykdom ("family wealth transmission").<sup>37</sup> Langbein verklaar dat die aard van familierykdom met verloop van tyd verander het van eertydse grond (byvoorbeeld die familieplaas wat deur 'n vader aan sy kind(ers) nagelaat is) na twee hedendaagse tegnologie-gefundeerde vorme van persoonlike rykdom, naamlik enersyds finansiële bates (byvoorbeeld effekte, bankdeposito's, aandele en versekeringkontrakte<sup>38</sup>) en andersyds sogenaamde menslike kapitaal ("human capital"), of te wel die kennis, kundigheid en vaardighede wat die gevorderde moderne tegnologieë bestaan fundeer.<sup>39</sup> Veral laasgenoemde vorm van persoonlike rykdom speel in die onderhawige verband 'n belangrike rol. Langbein betoog naamlik dat opvoedkundige uitgawes nie in die moderne tydsgewrig langer as verbruiksbesteding ("consumption expense") gesien word nie maar eerder as beleggingsbesteding soortgelyk aan uitgawes wat ten opsigte van byvoorbeeld 'n

---

<sup>36</sup>1986 PPA 146.

<sup>37</sup>1988 Michigan LR 722.

<sup>38</sup>Sien in die algemeen in hierdie verband Miller *The Machinery of Succession* 2-3; 311-340.

<sup>39</sup>1988 Michigan LR 723.



bedryfsperseel, bedryfstoerusting en bedryfsinventaris aangegaan word.<sup>40</sup> Onderrig en opvoeding onderlê naamlik bogenoemde kennis, kundigheid en vaardighede en speel derhalwe in die moderne tegnologiese wêreld net so 'n belangrike rol as byvoorbeeld meganiese bedryfstoerusting - vandaar die uitgangspunt dat uitgawes ten opsigte van onderrig en opvoeding die uitbouing van menslike kapitaal in die hand werk. Die immer groeiende omvang van opvoedkundige uitgawes veroorsaak egter dat ouers steeds meer en meer vir die onderrig en opvoeding van hul kinders moet betaal.<sup>41</sup> Hierdie tendens het tot gevolg dat onderrig en opvoeding in onlangse tye een van die vernaamste fokuspunte van die oordrag van rykdom van een generasie na 'n volgende geword het. In die woorde van Langbein:<sup>42</sup>

"Of old, parents were mainly concerned to transmit the patrimony - prototypically the farm or the firm, but more generally, that 'provision in life' that rescued children from the fate of being a mere labourer. In today's economic order, it is education more than property, the new human capital rather than the old physical capital, that similarly advantages a child."

Ouers beskou dikwels hul uitgawes ten opsigte van hul kinders se onderrig en opvoeding as die vernaamste finansiële verpligting wat hulle ten opsigte van sodanige kinders moet nakom. Die oordrag van familierykdom van ouers na kinders geskied derhalwe hedendaags geredelik *inter vivos* ten einde die gepaste onderrig en opvoeding van kinders te verseker.<sup>43</sup> Die moderne ouer se harde werk, produktiwiteit, spaarsamigheid en gesonde finansiële beplanning is in hierdie lig in die eerste plek op 'n belegging in menslike kapitaal langs die weg van opvoedkundige uitgawes ten opsigte van sy kinders gerig en is nie soseer op die (verdere) erfregtelike bevoordeling van dié kinders by die ouer se afsterwe gefokus nie.

'n Derde funksie van die erfreg wat deur De Waal geïdentifiseer word, hou verband met die

---

<sup>40</sup>1988 *Michigan LR* 731.

<sup>41</sup>Sien byvoorbeeld die statistiek deur Langbein 1988 *Michigan LR* 730-736 genoem.

<sup>42</sup>1988 *Michigan LR* 732-733.

<sup>43</sup>Langbein 1988 *Michigan LR* 735.



onderhoud van die gesin (familie) in die moderne ekonomiese bestel ten einde te verseker dat sodanige gesin sy sosiale rol kan vervul.<sup>44</sup> Die erfreg is in hierdie verband al beskryf as "an attempt to express the family in terms of property".<sup>45</sup> Hierdie funksie berus klaarblyklik op die oorweging dat 'n broodwinner ook na sy dood langs die weg van erfregtelike bevoordeling na sy gesinsgenote se vermoënsregtelike behoeftes sal (en moet) omsien. Die onderhawige funksie stuit egter dikwels teen die beginsel van testeervryheid aangesien laasgenoemde beginsel inhou dat 'n testateur ook vry is om sy gesinslede te onterf en al sy bates aan nie-gesinslede te bemaak. Ten einde die (potensieel) nadelige effek van absolute testeervryheid op die vermoënsregtelike posisie van nabye verwante in te kort, maak baie regstelsels waarin testeervryheid geld insgelyks vir beperking van hierdie vryheid in belang van nabye verwante voorsiening deurdat of 'n voorgeskrewe porsie van 'n oorledene se boedel enersyds ten gunste van sodanige verwante gereserveer word of 'n diskresionêre onderhoudstoekenning deur 'n hof andersyds ten gunste van sodanige verwante gemaak kan word.<sup>46</sup> Die belangrike rol wat die erfreg ten opsigte van die gesin speel, word hieronder in die bespreking van die invloed van sosiale faktore op die erfreg verder beskou.<sup>47</sup>

De Waal wys tereg daarop dat dit nie belangrik is om 'n keuse tussen bogenoemde funksies van die erfreg uit te oefen nie - elke funksie speel naamlik in 'n gepaste konteks 'n belangrike rol en dien sodoende om die algemene belang van erfopvolging as instelling te beklemtoon.<sup>48</sup> 'n Aangeleentheid wat wel in bogaande bespreking van die funksie van die erfreg na vore kom, is die belangrike invloed wat sosiale en ekonomiese faktore op die erfreg uitoefen. Elk

---

<sup>44</sup>1997 *Stell LR* 164. Sien ook Finch *et al Wills, Inheritance and Families* 22.

<sup>45</sup>Atherton en Vines *Australian Succession Law* 93 wat verwys na Plucknett *Concise History of the Common Law* 711. Sien ook Miller *The Machinery of Succession* 43-44.

<sup>46</sup>Sien 2 3 1 vir die posisie in die Romeinse reg; 3 3 1 2 vir die posisie in die Romeins-Hollandse reg; 4 3 1 1 - 4 3 1 2 vir die posisie in die Suid-Afrikaanse reg; 6 2 2 1 1 vir die posisie in die Engelse reg; 6 3 2 1 1 vir die posisie in die Australiese reg; 7 2 2 1 1 vir die posisie in die Nederlandse reg; 7 3 2 1 1 vir die posisie in die Belgiese reg; 7 4 2 1 1 vir die posisie in die Duitse reg in hierdie verband.

<sup>47</sup>Sien 1 2 4 1.

<sup>48</sup>1997 *Stell LR* 164.



van die moontlike funksies van die erfreg wat bespreek is, is naamlik fundeer op die een of ander sosiale of ekonomiese oorweging (dikwels beide in onderlinge wisselwerking) wat bepalend tot die gegewe funksie is. 'n Kort beskouing van die sosiale en ekonomiese grondslae van die erfreg is in hierdie lig aangewese, veral aangesien sodanige beskouing ook die rol van testeervryheid as grondbeginsel van die testate erfreg in perspektief plaas.

## 1 2 4 Die sosiale en ekonomiese grondslae van die erfreg

### 1 2 4 1 *Sosiale invloede op die erfreg*

De Waal verklaar dat die gesin of familie as beskermingswaardige sosiale eenheid 'n besondere invloed op die erfreg uitoefen.<sup>49</sup>

"The social function of the law of succession is intimately linked with the family. It proceeds from the premiss...that the family is an important social unit, worthy of protection and preservation. Therefore, in a situation where a person dies with a spouse and dependent children, the law attempts to ensure that the basic needs of the surviving family members will be provided for via the estate of the deceased."

Soos hierbo getoon, word hierdie resultaat in verband met die testate erfreg bereik deur die vryheid van testateurs tot testamentêre beskikking ten koste van nabye verwante te beperk deurdat òf 'n voorgeskrewe porsie van 'n oorledene se boedel enersyds ten gunste van sodanige verwante gereserveer word òf 'n diskresionêre onderhoudstoekenning deur 'n hof andersyds ten gunste van sodanige (afhanklike) verwante gemaak kan word. Friedman beskryf hierdie meganismes as tekenend van die sogenaamde "principle of forced succession" wat hy soos volg verduidelik:<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup>1997 *Stell LR* 164. Sien ook Miller *The Machinery of Succession* 5.

<sup>50</sup>1966 *Wisconsin LR* 353.



"The principle of forced succession we might call *social*. Practically speaking, forced succession means succession within the family - to the wife, children, or other dependants. Forced succession imposes upon the testator the obligation to care for members of his family before satisfying any other desires and needs. In a sense, it converts private property at death to family property."

Die gesin (familie) waarvan in bogenoemde verband sprake is, is wesenlik die kerngesin - die getroude ouerpaar met afhanklike kind(ers).<sup>51</sup> Dit is egter interessant om te let dat die tradisionele familiebegrip in onlangse tye in verskeie regstelsels 'n aanpassing ten opsigte van "forced succession" ondergaan het. Aan die een kant word in sekere regstelsels voorsiening gemaak vir persone wat nie as lede van die tradisionele kerngesin gereken word nie.<sup>52</sup> Sekere regstelsels beperk aan die ander kant "forced succession", selfs tot uitsluiting van persone wat wel as lede van die tradisionele kerngesin gereken word.<sup>53</sup>

Oorwegings wat met die gesin verband hou, is waarskynlik die belangrikste sosiale faktor wat die erfreg beïnvloed. Dit is egter nie die enigste sodanige faktor wat 'n rigtinggewende rol ten opsigte van die erfreg speel nie. De Waal wys ook op enkele ander sosiale faktore wat in hierdie verband oorweeg moet word. Welgestelde persone verly byvoorbeeld meer geredelik testamente as behoeftige persone. Behoeftiges wat wel testamente verly, maak gewoonlik van eenvoudige testamente gebruik. Testeerhandelinge neem ook met ouderdom toe - nie alleen omdat bejaarde testateurs gedagtig aan die dood is nie maar ook omdat ouer persone oor groter boedels beskik wat oordeelkundig verdeel moet word. 'n Groeiende

---

<sup>51</sup>Friedman 1966 *Wisconsin LR* 353; 358; De Waal 1997 *Stell LR* 165.

<sup>52</sup>Sien 6 2 2 1 1 vir die posisie in die Engelse reg waar die "family provision" ook onder andere werking geniet ten gunste van sowel die voormalige eggenoot van 'n oorledene as 'n persoon wat deur die oorledene as kind behandel is, as eggenoot saam met die oorledene gebly het of andersins deur die oorledene onderhou is.

<sup>53</sup>Sien 7 2 2 1 1 vir die posisie in die Nederlandse reg waar die *legitieme portie* nie tot beskikking van die oorlewende gade is nie maar slegs 'n oorledene se afstammelinge toekom. Die oorlewende gade moet hom/haar in hierdie verband eerder op 'n *natuurlijke verbintenis tot verzorging* verlaat.



egskeidingsyfer, 'n toename in die aantal mense wat in saamwoon-verhoudings verkeer (eerder as om byvoorbeeld te trou), geredelike toegang tot welsynsbefondsing, die verbetering van lewensverwagting en 'n algemene afname in die aantal kinders per gesin is almal faktore van sosiale aard wat die erfreg en veral testamentêre beskikking beïnvloed.<sup>54</sup>

In die lig van die belangrike invloed van sosiale faktore op die (testate) erfreg in die algemeen, spreek dit vanself dat sodanige faktore eweneens 'n bepalende invloed ten opsigte van testeervryheid in die besonder uitoefen. In die res van hierdie werk geskied die beskouing van tersaaklike ontwikkelings ten opsigte van sowel testeervryheid as die beperking van dié vryheid derhalwe telkens aan die hand van onder andere die sosiale oorwegings wat die betrokke ontwikkeling fundeer.

#### 1 2 4 2      *Ekonomiese invloede op die erfreg*

Terwyl die sosiale beginsel van "forced succession" wesenlik 'n beperkende uitwerking op testamentêre beskikking het (dit lê sodanige beskikking ten koste van sekere persone aan bande), word vrye testamentêre beskikking daarenteen op 'n ekonomiese beginsel fundeer. Friedman noem laasgenoemde beginsel dié van "gift" wat hy soos volg beskryf:<sup>55</sup>

"The principle of *gift*, since it exalts the volition of the property holder, is consistent with free market economics... Individual holders of private property may dispose of it as they see fit. The principle of gift can be called *economic*. Despite the paradox that a gift is not an economic transfer, the principle of gift is necessary to the economic system and it is presupposed by it."

Friedman betoog (soos ook reeds in die bespreking hierbo aangevoer) dat die beginsel van "gift" die grondslag vir die beginsel van testeervryheid verskaf, veral binne 'n bestel waarin

---

<sup>54</sup>1997 *Stell LR* 165-166. Sien ook in die algemeen Finch *et al Wills, Inheritance and Families* 4-7; 50-60; Friedman 1966 *Wisconsin LR* 366-367; 378; Langbein 1988 *Michigan LR* 740; Leipold 1980 *Archiv für die civilistische Praxis* 177-182; Cretney 1995 *LQR* 87-88.

<sup>55</sup>1966 *Wisconsin LR* 353. Sien ook Miller *The Machinery of Succession* 3.



aan sowel private eiendomsreg as private erfopvolging erkenning verleen word:<sup>56</sup>

"Freedom of testation is thus a powerful principle of law. It continues after death the market rights of an owner. Just as property during an owner's lifetime is not "bound", but may be dealt with by him as he pleases, so too at death. The power of disposition is felt psychologically to constitute an essential element of power over property."

Die beskikkingsvryheid ("power of disposition") waarna Friedman verwys, vind uiteraard ten opsigte van die testate erfreg hoofsaaklik in die testament van 'n testateur beslag. Testamente is derhalwe in hierdie verband instrumente wat die oordrag van rykdom (in die ekonomiese sin van die woord) bewerkstellig. Friedman beskryf testamente daarom tereg as "economic documents of vital importance".<sup>57</sup>

Die moderne tendense in die oordrag van familierykdom waarna reeds verwys is, verteenwoordig egter 'n bepalende ekonomiese invloed op die erfreg. Reeds is getoon dat die fokus ten opsigte van die oordrag van familierykdom met verloop van tyd verskuif het van eertydse grond na hedendaagse finansiële bates en menslike kapitaal.<sup>58</sup> Ten opsigte van laasgenoemde faktor is vroeër daarop gewys dat die uitgawes wat deur veral ouers aangegaan word ten einde vir die onderrig en opvoeding van hul kinders voorsiening te maak geredelik as 'n belegging *inter vivos* in menslike kapitaal gereken word. Hierdie tendens kan die patroon van erfregtelike beskikking denkbaar op tweeledige wyse beïnvloed. Langbein doen enersyds aan die hand dat dit 'n beperkende uitwerking op erfregtelike beskikking tot gevolg kan hê: 'n afname in die omvang van sodanige beskikking (met ander woorde 'n vermindering in die hoeveelheid bates wat *mortis causa* van een generasie na die volgende oorgaan) word naamlik in die hand gewerk deur groter ekonomiese verbruik tydens veral ouers se leeftyd, juis as gevolg van die afwesigheid van 'n algemene "sense of parental

---

<sup>56</sup>1966 *Wisconsin LR* 355. Sien ook Miller *The Machinery of Succession* 3.

<sup>57</sup>1966 *Wisconsin LR* 371.

<sup>58</sup>Sien 1 2 3.



responsibility to abstain from consumption in order to transmit an inheritance".<sup>59</sup>

Belegging *inter vivos* in menslike kapitaal kan egter andersyds ook vrye(r) erfregtelike (veral testamentêre) beskikking in die hand werk deurdat ouers, in die lig van onder andere opvoedkundige uitgawes reeds in belang van hul kinders aangegaan, nie meer verplig voel om vererwing uitsluitlik binne tradisionele familiegreense te laat geskied nie maar meer geneë voel tot beskikkings ten gunste van ander persone of instellings (byvoorbeeld liefdadigheidsorganisasies) waarby hulle 'n belang het.

Die invloed van finansiële bates (die ander faktor naas menslike kapitaal hierbo genoem) op die eietydse oordrag van familierykdom, hou veral verband met 'n algemene verbetering in mense se lewensverwagting.<sup>60</sup> Die feit dat al hoe meer mense al hoe langer leef, het onder andere gelei tot 'n opbloeï van private pensioenskema's - mense maak tydens die periode van aktiewe deelname aan die arbeidsmark van sodanige skema's gebruik ten einde te spaar om sodoende voorsiening te maak vir finansiële selfstandigheid na aftrede.<sup>61</sup> "Pensioenrykdom" vertoon twee kenmerke: dit neem enersyds die vorm van hoofsaaklik finansiële bates aan en word andersyds geredelik tydens die leeftyd van die spaarder verbruik.<sup>62</sup> Laasgenoemde tendens veroorsaak noodwendig dat slegs 'n klein gedeelte van pensioenrykdom van een generasie na die volgende oorgedra word, welke feit eweneens 'n beperkende invloed op erfregtelike (veral testamentêre) beskikking uitoefen.<sup>63</sup>

Bogenoemde tendense is veral kenmerkend van die middel- en hoër middelklasse in die samelewing.<sup>64</sup> Langbein se studie in hierdie verband fokus dan ook op genoemde klasse in

---

<sup>59</sup>1988 *Michigan LR* 736.

<sup>60</sup>Sien byvoorbeeld die gegewens deur Langbein 1988 *Michigan LR* 740-743 en Leipold 1980 *Archiv für die civilistische Praxis* 182-186 genoem.

<sup>61</sup>Langbein 1988 *Michigan LR* 743; Miller *The Machinery of Succession* 3.

<sup>62</sup>Langbein 1988 *Michigan LR* 744-746. Sien ook Davies 1981 *JPE* 561.

<sup>63</sup>Langbein 1988 *Michigan LR* 745. Sien ook in die algemeen Miller *The Machinery of Succession* 334-340.

<sup>64</sup>De Waal 1997 *Stell LR* 168.



Amerikaanse verband. De Waal wys tereg daarop dat die Suid-Afrikaanse middel- en hoër middelklasse (steeds) slegs 'n klein gedeelte van die bevolking verteenwoordig en dat die tendense deur Langbein bespreek derhalwe nie sonder meer aanduidend van die algemene situasie in Suid-Afrika is nie. Groei van die Suid-Afrikaanse middel- en hoër middelklasse kan egter wel die tendense onder bespreking met verloop van tyd plaaslik verwesenlik.<sup>65</sup>

Ten spyte van die beperkende invloed wat die ekonomiese tendense hierbo bespreek op erfopvolging in die algemeen uitoefen, word in oorweging gegee dat die erfreg (die vooropgesteldheid van die beginsel van "gift" vir die testate erfreg in die besonder) steeds 'n belangrike meganisme bly waarmee persoonlike rykdom oorgedra word, ook van een generasie na 'n volgende.<sup>66</sup> Bogaande bespreking bring wel die beduidende invloed van ekonomiese faktore op die erfreg aan die lig. Die belangrike invloed van ekonomiese faktore op die (testate) erfreg in ag genome, spreek dit vanself dat sodanige faktore eweneens 'n bepalende invloed ten opsigte van testeervryheid in die besonder uitoefen. In die res van hierdie werk geskied die beskouing van tersaaklike ontwikkelings ten opsigte van sowel testeervryheid as die beperking van dié vryheid derhalwe telkens ook aan die hand van onder andere die ekonomiese oorwegings (naas sosiale oorwegings) wat die betrokke ontwikkeling fundeer. Daar word dan ook in die res van hierdie werk getoon dat ekonomiese faktore dikwels in noue samehang met sosiale faktore funksioneer ten einde 'n tersaaklike ontwikkeling te fundeer.

### 1 3 PROBLEEMSTELLING EN VOORGESTELDE BENADERINGSWYSE

In hierdie gedeelte word die probleemstelling vir doeleinde van die studie geformuleer. Te dien einde word testeervryheid as beginsel enersyds en beperking van testeervryheid andersyds eers kortliks beskou. Daarna word die rol van die *boni mores* of regsgevoel van die gemeenskap ter beperking van testeervryheid aan die orde gestel, aangesien dit 'n belangrike rol ten opsigte van die formulering van die probleemstelling vervul. Die hoofstuk word afgesluit met sowel 'n bondige as 'n breë formulering van die probleemstelling,

---

<sup>65</sup>1997 *Stell LR* 168.

<sup>66</sup>Finch *et al Wills, Inheritance and Families* 2; De Waal 1997 *Stell LR* 168.



laasgenoemde vergesel van 'n voorgestelde benaderingswyse ter oplossing van die gestelde probleem.

### 1 3 1 Testeervryheid as beginsel

De Waal merk tereg op dat die beginsel van testeervryheid die mees voor-die-hand-liggende manifestasie van private outonomie in die sfeer van die erfreg is. Dit besorg aan die individu die vryheid om sy bates na goeëddunke by wyse van testament aan andere toe te deel en stel sodanige individu terselfdertyd in staat om die reëls van die intestate erfreg ten opsigte van die verdeling van sy boedel op te hef.<sup>67</sup> Testeervryheid is in hierdie verband as belangrike beginsel van die Romeinse en Romeins-Hollandse testate erfreg in die Suid-Afrikaanse reg aanvaar.<sup>68</sup> Erkenning van private eiendomsreg in die Suid-Afrikaanse sakeregterlike bestel fasiliteer eweneens die erkenning van private erfopvolging en testeervryheid. Sodanige erkenning word onderskraag deur die beskerming wat deur die eiendomsbepaling van die Suid-Afrikaanse Grondwet<sup>69</sup> aan private eiendomsreg verleen word.<sup>70</sup>

Testeervryheid word voorts deur verskeie ander elemente van die Suid-Afrikaanse testate erfreg onderskraag. Hierdie elemente sluit die aandrang op testeerbevoegdheid aan die kant van testateurs, die aandrang op vrye en onbelemmerde testeerhandelinge, die reël wat delegasie van testeerbevoegdheid verbied, die aandrang op nakoming van testamentêre verlydings- en wysigingsformaliteite as waarborg van die egtheid van testateurs se wilsverklarings, die afkeer van kontraktuele erfopvolging, erkenning van die veranderlikheid en herroeplikheid van testamente sowel as die reëls en beginsels ten opsigte van interpretasie, rektifikasie en wysiging van testamente na die dood van testateurs in.<sup>71</sup>

---

<sup>67</sup>In Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G11-3G12; 1997 *Stell LR* 169. Sien ook Friedman 1966 *Wisconsin LR* 355.

<sup>68</sup>Sien 2 2 en 3 2 ten opsigte van die gemeenregterlike ontwikkeling van testeervryheid.

<sup>69</sup>Artikel 25(1) van Wet 108 van 1996.

<sup>70</sup>Sien 5 3 1 1.

<sup>71</sup>De Waal in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G12; 1997 *Stell LR* 169. Hierdie elemente word in komende hoofstukke in groter besonderhede ontleed.



In die lig van al hierdie oorwegings kan testeervryheid met reg as een van die grondbeginsels van die Suid-Afrikaanse testate erfreg aangemerkt word.

### 1 3 2 Die beperking van testeervryheid

Aangesien die erfreg die oordrag van eiendomsreg (en derhalwe die oordrag van persoonlike rykdom) fasiliteer, moet die reg ook die grense neerlê waarbinne sodanige oordrag geskied.<sup>72</sup> Hierdie oorweging fundeer die beperking van testeervryheid in bepaalde omstandighede. Beperking van testeervryheid berus wesenlik op sowel sosiale as ekonomiese oorwegings.<sup>73</sup> Ten opsigte van eersgenoemde is reeds gewys op die vermoënsregtelike beskerming wat sekere nabye verwante van 'n oorledene ooreenkomstig die beginsel van "forced succession" geniet. Beperking van testeervryheid aan die hand van ekonomiese oorwegings is in die reël op die standhoudende ekonomiese bruikbaarheid van bates gemik deurdat sogenaamde "dynastic arrangements" in testamente voorkom word - testateurs word verhinder om as't ware met 'n "dooie hand" die benutting van bates uit die graf op sodanige wyse te beheer dat dié bates nie doeltreffend in die handelsverkeer benut kan word nie.<sup>74</sup> Sosiale en ekonomiese oorwegings het aldus die beperking van testeervryheid in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg fundeer.<sup>75</sup> Genoemde twee oorwegings onderlê ook die beperking van testeervryheid in sowel die moderne Suid-Afrikaanse reg<sup>76</sup> as menige ander moderne regstelsels.<sup>77</sup>

In hierdie werk word 'n besondere aspek van die beperking van testeervryheid aan die hand van sosiale oorwegings aan die orde gestel. Die beginsel van "forced succession" is naamlik nie die enigste sosiaal-gefundeerde beperking op testeervryheid nie. Testeervryheid word ook

---

<sup>72</sup>De Waal 1997 *Stell LR* 169.

<sup>73</sup>De Waal 1997 *Stell LR* 170-172.

<sup>74</sup>Miller *The Machinery of Succession* 7-8; De Waal 1997 *Stell LR* 169-170.

<sup>75</sup>Sien 2 3 en 3 3 in hierdie verband.

<sup>76</sup>Sien 4 3.

<sup>77</sup>Sien 6 2 2 vir die posisie in die Engelse reg; 6 3 2 vir die posisie in die Australiese reg; 7 2 2 vir die posisie in die Nederlandse reg; 7 3 2 vir die posisie in die Belgiese reg; 7 4 2 vir die posisie in die Duitse reg.



in gepaste gevalle beperk ten einde misbruik van dié vryheid aan bande te lê. Testateurs oefen naamlik somtyds hul vryheid tot testamentêre beskikking op sodanige wyse uit dat die betrokke testamentêre bepaling nie met die *boni mores* of regsgevoel van die gemeenskap te versoen is nie en derhalwe nie in stand gehou kan word nie.<sup>78</sup> Die *boni mores* of regsgevoel van die gemeenskap verteenwoordig dus 'n verdere tersaaklike sosiale oorweging aan die hand waarvan testeervryheid beperk word.

### 1 3 3 Die *boni mores* of regsgevoel van die gemeenskap ter beperking van testeervryheid

Die Suid-Afrikaanse reg erken onomwonde dat testamentêre bemakings aan die hand van die *boni mores* of regsgevoel van die gemeenskap betwis kan word en dat die *boni mores* of regsgevoel van die gemeenskap dus ter beperking van testeervryheid kan funksioneer. Twee netelige kwessies doen hulle egter ten opsigte van hierdie aangeleentheid voor. Dit is enersyds moeilik om 'n presiese betekenis aan begrippe soos "*boni mores*" en "regsgevoel van die gemeenskap" (en ander verbandhoudende begrippe) toe te sê.<sup>79</sup> Die omvang van die beperking wat die onderhawige sosiale oorweging op testeervryheid lê, is andersyds nie in die verlede bevredigend in die Suid-Afrikaanse reg vasgestel nie en is eweneens (nog) nie in die moderne grondwetlik-beïnvloedbare Suid-Afrikaanse privaatreë na behore gepeil nie - hierin lê onder andere die motivering vir die ondersoek wat in hierdie werk onderneem word.

Eersgenoemde kwessie word beklemtoon deurdat verskeie begrippe naas "*boni mores*" en "regsgevoel van die gemeenskap" in die onderhawige verband gebruik word. So is die begrippe "moraliteit",<sup>80</sup> "openbare belang" ("public interest")<sup>81</sup> en "openbare beleid"

---

<sup>78</sup>De Waal in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G12; Miller *The Machinery of Succession* 9.

<sup>79</sup>Sien byvoorbeeld die opmerkings te dien effekte van regter Herbst in *Argus Printing and Publishing Co Ltd v Darby's Artware* 1952 2 SA 1 (K) 8-10 en dié van regter Berman in *Ex parte President of the Conference of the Methodist Church of Southern Africa NO: in re William Marsh Will Trust* 1993 2 SA 697 (K) 703C.

<sup>80</sup>*Ismail v Ismail* 1983 1 SA 1006 (A) 1026A-B ten opsigte van die huweliksreg.



("public policy")<sup>82</sup> al in hierdie verband geopper. Dit word in oorweging gegee dat, alhoewel hierdie begrippe moontlik onderling geringe semantiese verskille toon, hulle grootliks as sinonieme vir doeleinde van die onderhawige bespreking gebruik kan word.<sup>83</sup> Al hierdie begrippe dui ruim gestel op 'n objektiewe standaard wat in belang van die gemeenskap funksioneer ten einde handeling wat 'n gemeenskapsbelange-aantasting tot gevolg het, aan bande te lê. Daar is al in die Suid-Afrikaanse reg aan die hand gedoen dat 'n hof wat oor die toepassing van sodanige standaard moet beslis, 'n "broad commonsense view of the matter as a whole" moet volg.<sup>84</sup> Hierdie siening (alhoewel nie spesifiek ten opsigte van die beperking van testeervryheid geopper nie) blyk sinvol te wees, juis aangesien dit ruimte laat vir oorweging van die besondere omstandighede van elke geval - 'n essensiële element in die beoordeling van enige omstrede testamentêre bepaling.

Op welke wyse funksioneer die *boni mores* of regsgevoel van die gemeenskap ter beperking van testeervryheid? Atherton en Vines verskaf 'n handige verduideliking met verwysing na die werking van openbare beleid te dien effekte in die Australiese erfreg en gee terselfdertyd betekenisvolle inhoud aan dié begrip.<sup>85</sup>

"[P]ublic policy...suggests some overriding qualification of legal rules in the public interest: that at some point the individual's freedom of action is

---

<sup>81</sup>Sien byvoorbeeld artikel 3(1)(d) van die Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed 94 van 1966 en artikel 13 van die Wet op die Beheer oor Trustgoed 57 van 1988.

<sup>82</sup>'n Begrip wat veral in die Anglo-Amerikaanse reg in die onderhawige verband gebruik word.

<sup>83</sup>In *Trust Bank van Afrika Bpk v President Versekeringsmaatsappy Bpk* 1988 1 SA 546 (W) 552G stel regter Van Zyl juis van hierdie begrippe aan mekaar gelyk wanneer hy verwys na "die gemeenskapsopvatting of openbare beleid ("public policy"), in die sin van die gemeenregtelike *boni mores*...". In *Rylands v Edros* 1997 1 BCLR 77 (K) 92A doen regter Farlam egter aan die hand dat "contrary to public policy" nie heeltemal dieselfde betekenis dra as "*contra bonos mores*" nie.

<sup>84</sup>*South African Hotels Ltd v Wienburg* 1950 3 SA 817 (K) 822; *Argus Printing and Publishing Co Ltd v Darby's Artware* 1952 2 SA 1 (K) 10F; *Leicester Properties v Farran* 1976 1 SA 492 (D) 495A.

<sup>85</sup>*Australian Succession Law* 603.



checked in the interest of some higher good. Public policy, the label for this higher good, is an abstract and therefore ungainly principle, but does not, however, provide a universal 'in the alternative' argument. It is rather an explanation of a group of rules and principles which overrides the freedom of testamentary disposition and the freedom of inheritance."

In die Suid-Afrikaanse reg is die *boni mores*-maatstaf in die verlede veral ten opsigte van testamentêre voorwaardes aangewend ten einde pogings deur testateurs om die gedrag of optrede van begunstigdes te beheer, aan bande te lê. So is voorwaardes wat beoog om 'n bestaande huwelik te vernietig al deur Suid-Afrikaanse howe as *contra bonos mores* en derhalwe ongeldig aangemerkt. Voorwaardes wat 'n algehele verbod op huweliksluiting plaas deur begunstigdes te verbied om in die huwelik te tree, is eweneens in die verlede deur Suid-Afrikaanse howe as strydig met die *boni mores* en dus ongeldig beskou.<sup>86</sup>

Tog is die omvang van die beperking wat die *boni mores* of regsgevoel van die gemeenskap in die onderhawige verband op testeervryheid lê nie in die verlede bevredigend in die Suid-Afrikaanse reg vasgestel nie - die tweede netelige kwessie hierbo ten opsigte van die onderhawige maatstaf genoem. Testamentêre voorwaardes wat 'n gedeeltelike verbod op huweliksluiting plaas deur begunstigdes enersyds te verplig of andersyds te verbied om met bepaalde tipes persone, by uitstek lede van 'n sekere ras, nasionaliteit of geloof, te trou, is byvoorbeeld in die verlede deur die howe as versoenbaar met die *boni mores* en derhalwe as heeltemal geldig gereken.<sup>87</sup> Ook is die *boni mores*-maatstaf nie in die verlede geredelik in die Suid-Afrikaanse reg ter beperking van testeervryheid ten opsigte van testamentêre bepalinge anders as voorwaardelike bemakings aangewend nie. So is testamentêre bemakings met 'n liefdadigheidsoogmerk (byvoorbeeld die liefdadigheidstrust) wat voordele tot bepaalde tipes persone, eweneens by uitstek lede van 'n sekere ras, nasionaliteit of geloof, beperk, nie in die verlede deurlopend as *contra bonos mores* gesien nie en derhalwe as geldig in stand gehou.<sup>88</sup> Hierdie tendense is veral te bespeur in ouer regspraak van 'n paar dekades gelede.

---

<sup>86</sup>Sien 4 3 1 3 ten opsigte van hierdie twee voorbeelde.

<sup>87</sup>Sien 4 3 1 3 en 4 3 3 1.

<sup>88</sup>Sien 4 3 3 2.



Die vraag wat kennelik ontstaan, is of sienings soos hierdie in die moderne tydsgewrig steeds steek hou, veral indien die nuwe Suid-Afrikaanse grondwetlike bedeling, wat ook 'n beduidende invloed op die Suid-Afrikaanse privaatrek uitoefen, daarteen verreken word. Juis hierdie vraag fundeer die algemene probleemstelling vir doeleinde van die studie.

#### 1 3 4 Algemene probleemstelling en benaderingswyse

Daar is reeds gewys op die feit dat testeervryheid as grondbeginsel van die Suid-Afrikaanse testate erfreg funksioneer. Eweneens is gewys op die behoefte aan beperking van testeervryheid in gepaste gevalle. Sodanige beperking geskied geredelik aan die hand van sowel sosiale as ekonomiese oorwegings (dikwels beide in onderlinge wisselwerking). Die *boni mores* of regsgevoel van die gemeenskap funksioneer in laasgenoemde verband as 'n belangrike sosiaal-gefundeerde beperking op testeervryheid. Die omvang van die beperking wat die *boni mores* op testeervryheid lê, is egter nog nie na bevrediging in die Suid-Afrikaanse reg vasgestel nie. Hierdie gebrek is des te meer akuut indien enersyds op die geykte stelling gelet word dat die *boni mores* nie staties is nie maar eerder met verloop van tyd verander en selfs van plek tot plek verskil.<sup>89</sup> Die gebrek word andersyds beklemtoon indien die vraag na die invloed van grondwetlike beginsels op testeervryheid geopper word. Die ondersoek wat in hierdie werk na erfopvolging in die algemeen en testeervryheid in die besonder onderneem word, het in die lig van hierdie oorwegings veral die definiëring van die rol van testeervryheid binne Suid-Afrika se grondwetlik-beïnvloedbare privaatrek ten doel. Te dien einde word die probleemstelling vir doeleinde van die studie op tweeledige wyse geformuleer. Die eerste formulering is onderwerp-spesifiek, met ander woorde 'n formulering van die besondere probleem wat aan die einde van die werk opgelos word. Die tweede formulering is onderwerp-relatief, met ander woorde 'n uitgebreide formulering van die kwessies wat in die loop van die studie aan die orde gestel word ten einde die onderwerpspesifieke probleemstelling op te los. Vir doeleinde van die uitgebreide formulering word vier hoofkwessies aangedui. Hierdie kwessies word weer op hul beurt in besondere punte van ondersoek onderverdeel, welke punte dan ook die algemene benaderingswyse ter

---

<sup>89</sup>*AB Wall's Marriage Bureau v Pienaar* 1986 2 SA 165 (T) 175D-E; *Hahlo* 1950 SALJ 240; *Corbett* 1987 SALJ 68.



beantwoording van die gestelde probleem aandui.

### **PROBLEEMSTELLING: SPESIFIEKE ONDERWERP**

Op welke wyse beïnvloed sekere bepalinge vervat in die Handves van Regte van die Suid-Afrikaanse Grondwet die vryheid van testateurs tot testamentêre beskikking, veral langs die weg van testamentêre bepalinge waardeur testateurs poog om die gedrag of optrede van begunstigdes en/of die benutting van bates te beheer?

### **PROBLEEMSTELLING: UITGEBREIDE ONDERWERP**

- (a) In welke mate funksioneer testeervryheid as grondbeginsel van die testate erfreg en op welke wyse geskied die beperking van testeervryheid aan die hand van sosiale en ekonomiese oorwegings in verskeie regstelsels?

Hierdie kwessie word aangespreek vanuit:

- (i) 'n historiese perspektief met verwysing na die Romeinse en Romeins-Hollandse reg in Hoofstukke 2 en 3;
- (ii) 'n plaaslike perspektief met verwysing na die Suid-Afrikaanse reg in die era voor die huidige Grondwet in Hoofstuk 4; en
- (iii) 'n regsvergelykende perspektief met verwysing na tersaaklike voorbeelde uit sowel "common law"-regstelsels as kontinentale of "civil law"-regstelsels in Hoofstukke 6 en 7.

- (b) In welke mate het die *boni mores* of regsgevoel van die gemeenskap voor inwerkingtreding van die huidige Grondwet in die Suid-Afrikaanse reg ter beperking van testeervryheid funksioneer, in die besonder ten opsigte van omstrede testamentêre bepalinge wat op ras, nasionaliteit of geloof gegrond is en waardeur testateurs poog om enersyds die gedrag of optrede van begunstigdes of andersyds die benutting van bates te beheer? Hierdie kwessie word in 'n besondere studie aan die einde van Hoofstuk 4 aangespreek met verwysing na die tersaaklike posisie in die Suid-Afrikaanse reg ten opsigte van:

- (i) testamentêre verbeuringsbepalinge;

- (ii) testamentêre bepalings met 'n liefdadigheidsmerk; en
  - (iii) die verbandhoudende vraag na die vaagheid of onsekerheid van bepalings wat op ras, nasionaliteit of geloof berus.
- (c) In welke mate beïnvloed die nuwe Suid-Afrikaanse grondwetlike bedeling, in die besonder sekere regte vervat in die Handves van Regte van die 1996-Grondwet, die tradisionele regsposisie ten opsigte van testeervryheid in die Suid-Afrikaanse reg? Hierdie kwessie word in Hoofstuk 5 vanuit 'n teoretiese perspektief bespreek aan die hand van:
- (i) 'n beskouing van die vertikale en horisontale werking van grondwetlike regte;
  - (ii) 'n ontleding van die werking en implikasie van enkele tersaaklike funksionele bepalings van die tussentydse en finale Suid-Afrikaanse Grondwette;
  - (iii) 'n ondersoek na die grondwetlike beskerming wat aan testeervryheid verleen word langs die weg van die eiendomsbepaling van die tussentydse en finale Grondwette; en
  - (iv) 'n beskouing van die moontlike beperking van testeervryheid aan die hand van sekere regte in die Handves van die finale Grondwet vervat.
- (d) Welke rigtinggewende lesse kan ten opsigte van die beperking van testeervryheid in die onderhawige verband van ander moderne regstelsels geleer word? Hierdie kwessie word ondersoek aan die hand van 'n regsvergelende studie (met 'n grondwetlike perspektief waar van pas) ten opsigte van veral testamentêre bepalings wat op ras, nasionaliteit of geloof gegrond is en waardeur testateurs poog om enersyds die gedrag of optrede van begunstigdes of andersyds die benutting van bates te beheer, met besondere verwysing na:
- (i) beperking van testeervryheid ingevolge die openbare beleidsmaatstaf in "common law"-regstelsels, waarvan die Engelse en Australiese reg in Hoofstuk 6 as voorbeelde geneem word; en
  - (ii) beperking van testeervryheid ingevolge die maatstaf van veral die goeie sedes in kontinentale of "civil law"-regstelsels, waarvan die



Nederlandse, Belgiese en Duitse reg in Hoofstuk 7 as voorbeelde geneem word.

Die studie word in Hoofstuk 8 afgesluit met enkele belangrike gevolgtrekkings en aanbevelings omtrent 'n toekomstige benadering tot testeervryheid in die Suid-Afrikaanse reg, welke gevolgtrekkings en aanbevelings deur praktiese voorbeelde toegelig word.

- - - - \* - - - -

## AFDELING A

### TESTEERVRYHEID IN DIE ROMEINSE EN ROMEINS-HOLLANDSE REG

## HOOFSTUK 2

### DIE ROMEINSE REG

#### 2 1 INLEIDING

Die staatkundige geskiedenis van Rome word tradisioneel in vier onderskeibare periodes ingedeel. Die eerste hiervan is die Koningstyd (753-510vC).<sup>1</sup> Gedurende hierdie periode was die primitiewe Romeinse samelewing hoofsaaklik op familiegrondslag georganiseer en menslike aktiwiteit het oorwegend om landboubedrywighede gewentel.<sup>2</sup> Die regstelsel was betreklik ongesofistikeerd met die familie-eenheid (*familia*) as die vernaamste fokuspunt van privaatregtelike ontwikkeling. Die Romeinse privaatreë van die Koningstyd word derhalwe dikwels as die reg van die familie-eenheid en die onderlinge verhouding tussen familie-eenhede beskryf.<sup>3</sup> Die laaste Romeinse koning is volgens oorlewering in 510vC verdryf en 'n republikeinse regeringsvorm is ingestel.<sup>4</sup> Gedurende hierdie periode het die invloed van die familie-eenheid as samelewingsmodel getaan en die eertydse landelike lewenswyse het plek gemaak vir stedelike bestaan. Menslike aktiwiteit het vanweë die aansienlike uitbreiding van Romeinse gesag in Italië op tipies kosmopolitiese trant om veral handel, nywerheid en finansies gewentel.<sup>5</sup> Hellenistiese invloede en veral Griekse filosofie het die ontwikkeling van 'n gesistematiseerde Romeinse regswetenskap in die hand gewerk.<sup>6</sup> Tydens die vroeë

---

<sup>1</sup>Edwards *History of South African Law* 5.

<sup>2</sup>Edwards *History of South African Law* 5; Kaser *Roman Private Law* 3.

<sup>3</sup>Edwards *History of South African Law* 5; Kaser *Roman Private Law* 3.

<sup>4</sup>Edwards *History of South African Law* 5.

<sup>5</sup>Edwards *History of South African Law* 6; Kaser *Roman Private Law* 3.

<sup>6</sup>Kaser *Roman Private Law* 3.



Republiek het die Twaalf Tafels (450vC) die vernaamste regsbron gevorm terwyl regsontwikkeling tydens die latere Republiek veral onder invloed van die *praetor* en juriste geskied het.<sup>7</sup> Die republikeinse era is gevolg deur die Prinsipaat (27vC-284nC). Gedurende hierdie periode is Rome as wêreldryk gevestig en het die Romeine wêreldburgers by uitstek geword. Staatsgesag was feitlik uitsluitlik in die persoon van die keiser (*princeps*) gesetel. Die keiser het diensgevolge 'n bepalende rol ten opsigte van regsontwikkeling gespeel: *quod principi placuit legis habet vigorem*. Romeinse juriste het die reg om ander van advies te bedien (*ius respondendi*) van die keiser ontvang en het derhalwe steeds 'n belangrike invloed op regsontwikkeling uitgeoefen.<sup>8</sup> Romeinse reg het tydens die Prinsipaat ongetwyfeld sy klassieke periode beleef. Die Prinsipaat is gevolg deur die finale periode in Rome se staatkundige geskiedenis, naamlik die Dominaat (284-565nC). Hierdie periode is enersyds gekenmerk deur 'n grootskaalse agteruitgang van die Romeinse ryk op sowel sosiale as ekonomiese gebied. Andersyds is pogings deur verskeie Romeinse heersers aangewend om onder invloed van die Christendom sodanige agteruitgang te stuit deur staatsosialisme in te voer en 'n welsynstaat tot voordeel van die verarmde massas tot stand te bring.<sup>9</sup> Die regsontwikkeling wat wel plaasgevind het, is steeds deur die keiser oorheers en pogings is aangewend om die reg te kodifiseer. Die belangrikste kode in hierdie verband is Justinianus se *Corpus Iuris Civilis*.<sup>10</sup> Die Romeinse ryk is in 395nC verdeel in die Wes-Romeinse ryk en die Oos-Romeinse ryk. Eersgenoemde het in 476nC voor Germaanse invallers geswig terwyl laasgenoemde mettertyd die Oosterse en Hellenistiese kultuur aanvaar het.<sup>11</sup>

Die Romeine het van die vroegste tye die testate erfreg as alternatief tot die intestate erfreg geken. Die Twaalf Tafels het reeds onderskei tussen enersyds dié regsreëls waarkragtens 'n erflater deur middel van 'n uiterste wilsverklaring self reël wie na sy dood in sy nalatenskap moet deel en andersyds dié regsreëls waarkragtens 'n nalatenskap verdeel word in die

---

<sup>7</sup>Edwards *History of South African Law* 8.

<sup>8</sup>Edwards *History of South African Law* 9; Kaser *Roman Private Law* 4.

<sup>9</sup>Kaser *Roman Private Law* 6.

<sup>10</sup>Edwards *History of South African Law* 12; Kaser *Roman Private Law* 6.

<sup>11</sup>Edwards *History of South African Law* 11.



afwesigheid van sodanige wilsverklaring.<sup>12</sup> Die ontstaan van die Romeinse testament word aan veskeie oorwegings toegeskryf. Enersyds het godsdienstige oorwegings 'n rol gespeel deurdat dit gebruiklik was om persone by wyse van testament te benoem om die kultus van die huisgode (*sacra*) na die dood van die familiehoof (*paterfamilias*) voort te sit. Andersyds het sosio-ekonomiese oorwegings 'n rol gespeel deurdat die effektiewe verdeling van familiegrond by wyse van testament bewerkstellig is. Verdeling van familiegrond ingevolge die reëls van die intestate erfreg was naamlik onvoldoende aangesien dit die gevaar ingehou het dat die verdeelde grond nie in die onderhoudsbehoeftes van die bewoners daarvan kon voorsien nie.<sup>13</sup>

Die Romeinse testament is aanvanklik gebruik om eenvoudige reëlins met betrekking tot nalatenskappe te tref. Die *testamentum calatis comitiis* het byvoorbeeld die vorm van 'n wilsverklaring voor die volksvergadering (*comitia curiata*) aangeneem en is veral gebruik om erfregtelike beskikkings te doen wat verskil het van dié deur die Romeinse gewoontereg (*ius civile*) voorgeskryf.<sup>14</sup> Ofskoon 'n testateur sy wilsverklaring ingevolge die *testamentum calatis comitiis* ooreenkomstig sy wense kon inkleef, was daar nie in die vroeë Romeinse erfreg van volkome testeervryheid sprake nie. Die volksvergadering kon naamlik weier om 'n wilsverklaring goed te keur, byvoorbeeld by gebrek aan 'n goeie rede waarom 'n testateur van die *ius civile* wou afwyk.<sup>15</sup> Die volksvergadering se vetoreg ten opsigte van testateurs se wilsverklarings het met verloop van tyd dermate afgeneem dat die *comitia curiata* later slegs as getuie tot sodanige wilsverklarings gedien het. Die *testamentum calatis comitiis* het teen die tweede eeu voor Christus in onbruik verval.<sup>16</sup> Sofistikasie van die Romeinse regstelsel in die algemeen en die testate erfreg in besonder het hierna nie alleen die erkenning van 'n verskeidenheid testamentsvorme fundeer nie maar ook ontwikkeling op die gebied van

---

<sup>12</sup>Van Warmelo *Inleiding* 188; Thomas *Introduction* 153; Van Zyl *History and Principles* 203.

<sup>13</sup>De Waal in Visser *Essays on the History of Law* 304. Sien 2 2 2 vir 'n volledige bespreking in hierdie verband.

<sup>14</sup>Van Warmelo *Inleiding* 200.

<sup>15</sup>Van Warmelo *Inleiding* 200; Schulz *Classical Roman Law* 205.

<sup>16</sup>Thomas *Introduction* 156.



testeervryheid in die hand gewerk.

Kennelik die belangrikste ontwikkeling in hierdie verband was die vryheid wat aan Romeinse testateurs verleen is tot die instel van bepaalde erfgename (*heredis institutio*) en die dienooreenkomstige onderwing van ander (*exheredatio*). Na 'n kort beskouing van die algemene benadering tot testeervryheid in die Romeinse reg, word hierdie ontwikkeling hoofsaaklik vanuit 'n regshistoriese perspektief in die eerste gedeelte van hierdie hoofstuk in oënskyn geneem. In die tweede gedeelte van die hoofstuk word gefokus op verskeie maatreëls wat ingevoer is om die vryheid van die Romeinse testateur tot veral *exheredatio* te beperk. Drie bakens op hierdie ontwikkelingspad word ontleed, naamlik vererwing *iure civili* in geval van *praeteritio* van 'n testateur se *sui heredes*, *bonorum possessio contra tabulas* en die *querela inofficiosi testamenti*. Hierbenewens word op enkele verwante beperkings gelet ingevolge waarvan op soortgelyke wyse as kragtens die *querela inofficiosi testamenti* die reg tot 'n bepaalde gedeelte van boedels ten gunste van sekere persone voorbehou is. Die reëlins ingevolge die *lex Furia testamentaria*, *lex Voconia*, *lex Falcidia*, *Senatusconsultum Trebellianum* en *Senatusconsultum Pegasianum* asook dié ten opsigte van die *quarta Antonina* (*quarta Divi Pii*) en die *quarta uxoria* (*quarta viduae egentis*) word in hierdie verband kortliks in oënskyn geneem.

Romeinsregtelike erkenning van testeervryheid bring ook enkele ander belangrike elemente van die Romeinse testate erfreg te berde. Hierdie elemente het 'n bepaalde beskermingsfunksie ten opsigte van testeervryheid vervul en was derhalwe bepalend tot die onderskraging wat deur die Romeinse reg aan testeervryheid verleen is. Die volgende aangeleenthede word in hierdie verband in die eerste gedeelte van hierdie hoofstuk kortliks onder die loep geneem: die aandrang op testeerbevoegdheid as voorvereiste vir die uitoefening van testeervryheid, die vereiste dat die testeerhandeling vry en onbelemmerd moet geskied, die verbod op delegasie van testeerbevoegdheid, die rol van testamentêre verlydingsformaliteite ter onderskraging van die egtheid van testateurs se wilsverklarings, die regposisie ten opsigte van kontraktuele erfopvolging ter illustrasie van Romeinse afkeer van die ongeregverdigde beperking van testeervryheid, die noodwendige verband tussen testeervryheid en die bevoegdheid van testateurs tot die wysiging en herroeping van hul testamente en ten slotte die rol van interpretasie van testamente ter vasstelling van die



bedoeling van testateurs. In die tweede gedeelte van die hoofstuk word beperking van testeervryheid buite die sfeer van *exheredatio* en verwante gevalle voorts toegelig deur die Romeinsregtelike posisie ten opsigte van wederregtelike testamentêre bepalings en bepalings wat teen die goeie sedes is asook ten opsigte van familieskikkings en die ewigdurende *fideicommissum* in oënskou te neem.

## 2 2 TESTEERVRYHEID IN DIE ROMEINSE REG

### 2 2 1 Die benadering tot testeervryheid in die Romeinse reg

Testeervryheid het in die vroeë Romeinse reg slegs in beperkte mate tot uiting gekom. Hierbo is daarop gewys dat wilsverklarings ingevolge die *testamentum calatis comitiis* byvoorbeeld aan goedkeuring deur die volksvergadering onderhewig was. Die liberale lewensbeskouing van die Romeine met die fokus op individuele vryheid het egter as stukrag gedien vir voortgesette ontwikkeling op die gebied van testeervryheid. Die Romeinse regsgevoel (*boni mores*) soos vergestalt in *pietas*, *fides* en *humanitas* (die houstene van *officium*) het drie bepalende oorwegings in hierdie verband fundeer. Die individu moes eerstens die vryheid tot testamentêre beskikking gegun word ten einde intestate vererwing uit te skakel aangesien laasgenoemde noodwendig van algemene en oorkoepelende aard is terwyl eersgenoemde na gelang van die besondere omstandighede van 'n betrokke testateur ingeklee kan word.<sup>17</sup> Testate en intestate erfopvolging was tweedens in die Romeinse reg onderling uitsluitend: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.<sup>18</sup> Romeinse gewoonte het derdens voorgeskryf dat elke verantwoordelike Romeinse burger oor 'n testament moes beskik - 'n Romein sonder 'n testament is inderdaad met afkeer bejeën.<sup>19</sup> Hierdie faktore het daartoe meegewerk dat testeervryheid tot fundamentele beginsel van die Romeinse testate erfreg uitgebou is. Schulz formuleer die Romeinsregtelike benadering tot

---

<sup>17</sup>Schulz *Classical Roman Law* 205; Schulz *Principles of Roman Law* 156; De Waal in Visser *Essays on the History of Law* 304.

<sup>18</sup>Kaser *Roman Private Law* 334; De Waal in Visser *Essays on the History of Law* 304.

<sup>19</sup>Schulz *Classical Roman Law* 205.



testeervryheid soos volg:<sup>20</sup>

"The Romans felt that succession by testamentary disposition, i.e. by individual will and not by typical regulation as in cases of intestacy, was an actual need...[t]he generous freedom of disposition accorded to a testator is in keeping with this principle...Roman jurisprudence treated the highly original productions of Roman testators and the clauses - often strange and confused - of their wills with tender understanding."

Romeinse testateurs het egter nie absolute of onbelemmerde testeervryheid geniet nie. Met verloop van tyd is besef dat gewaak moet word teen die onoordeelkundige uitoefening en misbruik van testeervryheid. Die behoefte aan die beperking van testeervryheid is bevredig deur 'n verskeidenheid instellings wat beide die formele en materiële reg aangespreek het. Die regsgevoel van die gemeenskap en ekonomiese oorwegings het sodanige beperkings fundeer.<sup>21</sup>

### **2 2 2 Romeinsregtelike ontwikkeling van testeervryheid ten opsigte van *heredis institutio* en *exheredatio***

Die onderhawige ontwikkeling word allerweë as die belangrikste op die gebied van testeervryheid in die Romeinse testate erfreg beskou en noop derhalwe nadere ondersoek. Ten einde die ondersoek regshistoriese te fundeer, word die sosio-ekonomiese en godsdienstige rol van die Romeinse familie in die Romeinse erfreg van die Koningstyd en die vroeë Republiek eers ontleed. Daarna word getoon hoe die onderhawige ontwikkeling langs die weg van 'n reeks opeenvolgende testamentsvorme tydens die latere Republiek volvoer is.

---

<sup>20</sup>*Principles* 156-157.

<sup>21</sup>Du Toit 1999 *Stell LR* 232.

## 2 2 2 1 *Die invloed van die sosio-ekonomiese en godsdienstige rol van die Romeinse familia as 'n juridiese eenheid op ontwikkeling ten opsigte van heredis institutio en exhereditio in die vroeë Romeinse erfreg*

'n Heersende gedagte in die vroeë Romeinse erfreg was dié van die *familia*. Die *familia* was 'n juridiese instelling en het as 'n eenheid bestaan uit 'n groep persone wat onder gesag van 'n *paterfamilias* gestaan het.<sup>22</sup> Die *paterfamilias* (in beginsel elke Romeinse burger sonder 'n manlike voorouer aan vaderskant) was heeltemal onafhanklik (*sui iuris*) en nie ondergeskik aan enigiemand nie. Die *paterfamilias* het oor absolute gesag (*patria potestas*) ten opsigte van die afhanklikes (*alieni iuris*) in die *familia* beskik.<sup>23</sup> Afhanklikes wat onder gesag van die *paterfamilias* gestaan het, was nie alleen sy bloedverwante nie maar het ook onder andere sy vrou, aangenome kinders, vrypersone, slawe en selfs stoflike sake ingesluit.<sup>24</sup> Die *paterfamilias* was in sy hoedanigheid as hoof van die *familia* eienaar van die *familia* se bates en draer van die *familia* se laste. By afsterwe van die *paterfamilias* het die *familia* nie tot 'n einde gekom nie. Die seuns (*fili*) in *potestate* het dan *sui iuris* geword en het sodoende die *familia* as juridiese en godsdienstige eenheid voortgesit.<sup>25</sup> Diegene wat op hierdie wyse *sui iuris* geword het, het nie alleen die oorledene se rol in die uitvoer van godsdienstige rites (*sacra*) oorgeneem nie maar die boedel van die *familia* het ook op sodanige persone oorgegaan.<sup>26</sup> Die persone wat by afsterwe van die *paterfamilias* *sui iuris* geword het, het naamlik 'n reg gehad om te erf - hulle het selfs gedurende die *paterfamilias* se lewe 'n aanspraak op die boedel gehad.<sup>27</sup> Sodanige persone het bekend gestaan as *sui heredes*, met ander woorde erfgename met 'n reg op die boedel van die *familia* selfs voor die dood van die

<sup>22</sup>Van Warmelo *Inleiding* 52; Kaser *Roman Private Law* 74; Spiller *Manual* 149.

<sup>23</sup>Thomas *Introduction* 136; Spiller *Manual* 60.

<sup>24</sup>Van Warmelo *Inleiding* 52; Kaser *Roman Private Law* 3.

<sup>25</sup>Van Warmelo *Inleiding* 53; Kaser *Roman Private Law* 76.

<sup>26</sup>Spiller *Manual* 149; Schulz *Classical Roman Law* 213; De Waal in Visser *Essays on the History of Law* 304.

<sup>27</sup>Van Warmelo *Inleiding* 188.



*paterfamilias*.<sup>28</sup>

Bogenoemde opvolging van familie-erfgename het een van die hoekstene van die vroeë Romeinse erfreg gevorm. Dit was ook 'n effektiewe manier om familiegrond binne 'n bepaalde *familia* te hou. Met verloop van tyd het die verdeling van die *familia* by afsterwe van die *paterfamilias* in soveel nuwe eenhede as wat daar *sui heredes* was egter probleme opgelewer. Die familie-eenheid is naamlik ten spyte van bogenoemde verdeling behou, aanvanklik deur 'n tipe vennootskap (*consortium*) gekoppel aan mede-eienaarskap van die bates in die boedel en later deur 'n stelsel van gemeenskap van goed (*communio pro indiviso*). Die toename in lede van die *familia* het egter enersyds die gevaar ingehou dat die familiegrond nie meer effektief in almal se onderhoudsbehoefte kon voorsien nie. Die toename in persone wat *sui iuris* geword het, het dit andersyds moeilik gemaak om samewerking tussen al die mede-eienaars van die familiegrond te bekom.<sup>29</sup> Ten einde laasgenoemde probleem op te los, het die Twaalf Tafels voorsiening gemaak vir die beëindiging van mede-eiendom en verdeling van die bates onder die mede-eienaars deur middel van die *actio familiae erciscundae*. Dit het egter die gevaar ingehou dat oormatige verdeling van die familiegrond tot 'n veeltal onproduktiewe eenhede sou lei wat eweneens nie in die onderhoudsbehoefte van die bewoners daarvan kon voorsien nie en sodoende tot nadeel van die nasionale ekonomie kon strek.<sup>30</sup>

Hierdie sosio-ekonomiese oorwegings het 'n behoefte laat ontstaan dat die *paterfamilias* oor die vryheid moes beskik om 'n onverdeelde erflating (veral ten opsigte van die familiegrond) aan 'n enkele erfgenaam na te laat en, sonder om eersgenoemde erflating in gedrang te bring, langs die weg van verdere bevoordeling voorsiening te maak vir die ander botallige *sui heredes* wat geregtig was om te erf. Die moontlikheid om so vir botallige *sui heredes* voorsiening te maak, is deur verskeie oorwegings in die hand gewerk. Romeinsregtelike erkenning van private eiendomsreg het dit eerstens vir die *paterfamilias* moontlik gemaak om

---

<sup>28</sup>Van Warmelo *Inleiding* 216; Thomas *Introduction* 163.

<sup>29</sup>Kaser *Roman Private Law* 331.

<sup>30</sup>Kaser *Roman Private Law* 332; Spiller *Manual* 149; De Waal in Visser *Essays on the History of Law* 304.



die eiendomsreg wat hy in sy persoonlike hoedanigheid oor die familiegrond uitgeoefen het, regtens aan 'n erfgenaam as regsopvolger oor te dra.<sup>31</sup> Tweedens het die uitbreiding van Romeinse gesag in Italië die beskikbaarheid van grond bo en behalwe die tradisionele familiegrond tot gevolg gehad. Sodanige grond is geredelik aan botallige *sui heredes* toegeken. 'n Toename in handel en ekonomiese aktiwiteit het derdens finansiële voordele ingehou wat gebruik is om aan botallige *sui heredes* 'n erfdeel toe te ken.<sup>32</sup> Die behoefte om die familiegrond vir een erfgenaam te reserveer, het dit egter nodig gemaak om botallige *sui heredes* regtens te ontnem van hul reg om erfgename te word. Die aanspraak wat sodanige *sui heredes* reeds tydens die lewe van die *paterfamilias* op onder andere die familiegrond gehad het, moes hulle derhalwe ontsê word. Verskeie handeling *inter vivos* is te dien einde aangewend maar 'n besondere testamentsvorm is ook vir hierdie doel ontwikkel. Deur middel van hierdie testament kon die *paterfamilias* die toekomstige erfgenaam van die familiegrond instel (*heredis institutio*) terwyl hy ook ander lede van sy familie met 'n aanspraak op die grond kon onterf (*exheredatio*). Die Romeinsregtelike beginsel van universele erfopvolging (*successio in universitatem*) ingevolge waarvan 'n *heres necessarius* verplig was om die vermoënsregtelike posisie van 'n erflater voort te sit, het meegebring dat sodanige *heredis institutio* ook van besondere formele belang was - dit is as *caput et fundamentum totius testamenti* beskou.<sup>33</sup> Versuim om 'n erfgenaam in te stel, het derhalwe tot ongeldigheid van die betrokke testament gelei. Die testament wat aanvanklik vir *heredis institutio* en *exheredatio* gebruik is, was die *testamentum per aes et libram* waarin van *mancipatio* gebruik gemaak is.<sup>34</sup> *Mancipatio* het in hierdie verband die vorm van 'n tipe kooptransaksie voor getuies aangeneem ingevolge waarvan 'n vertroueling van die testateur (die *familiae emptor*) die bevoegdheid van eersgenoemde ontvang het om oor die boedel te

---

<sup>31</sup>Diósdi *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law* 49.

<sup>32</sup>Kaser *Roman Private Law* 332.

<sup>33</sup>Kaser *Roman Private Law* 349; De Waal in Visser *Essays on the History of Law* 306.

<sup>34</sup>Kaser *Roman Private Law* 126; Van Warmelo *Inleiding* 137; De Waal in Visser *Essays on the History of Law* 305.



beskik en dit aan die ingestelde erfgenaam te oorhandig.<sup>35</sup>

## 2 2 2 2      *Verdere ontwikkeling ten opsigte van heredis institutio en exhereditatio tydens die latere Romeinse Republiek*

Die *testamentum per aes et libram* het met verloop van tyd belangrike formele veranderings ondergaan. Die vernaamste hiervan was dat *mancipatio* tot blote formaliteit verwater is en later deur 'n mondelinge wilsverklaring (*nuncupatio*) deur die testateur voor die *familiae emptor* en ander getuies vervang is.<sup>36</sup> Dit is onduidelik hoe die verandering plaasgevind het van die stadium dat die *familiae emptor* as aktiewe tussenganger in die plek van die erfgenaam gestaan het tot waar hy slegs 'n informele rol soortgelyk aan dié van 'n getuie gespeel het. Dié verandering kan moontlik verklaar word aan die hand van 'n bepaling in die Twaalf Tafels waarvan Gaius melding maak: *uti legassit suae rei, ita ius esto*.<sup>37</sup> Hierdie bepaling skryf voor dat legatêre ooreenkomstig die testateur se voorskrifte gehandhaaf moet word maar is moontlik uitgebrei om te beteken dat wat die testateur ook al in die *nuncupatio* gesê het en wie hy ook al as erfgenaam aangewys het, gehandhaaf moet word.<sup>38</sup>

Tydens die latere Romeinse Republiek het die rol van die *praetor* toenemend belangrik geword. Die *praetor* was 'n magistraat wat met die administrasie van die regsproses gemoeid was. In hierdie hoedanigheid het die *praetor* beskik oor die bevoegdheid om edikte uit te vaardig (*ius edicendi*). In die edikte is aangedui welke regsremedies beskikbaar was sowel as wie hulle daarop kon beroep en in welke omstandighede sodanige beroep kon plaasvind. Op hierdie wyse het die *praetor* 'n bepalende invloed op regspleging en -ontwikkeling uitgeoefen.<sup>39</sup>

---

<sup>35</sup>G. 2.102-108; Van Warmelo *Inleiding* 200; Mackenzie *Studies* 257; Thomas *Introduction* 156.

<sup>36</sup>Van Zyl *History and Principles* 211; Spiller *Manual* 144.

<sup>37</sup>G. 2.224.

<sup>38</sup>Van Warmelo *Inleiding* 201; Lee *Elements* 188.

<sup>39</sup>Kaser *Roman Private Law* 18-21; Van Warmelo *Inleiding* 188; Edwards *History of South African Law* 8.



Die uiterste wilsverklarings van testateurs het volgens praetoriese oordeel swaarder gewees as die gepaardgaande formaliteite. Daarom is die *testamentum per aes et libram* in 'n edik vervang deur 'n praetoriese testament. Ingevolge hierdie testament is *bonorum possessio* deur die *praetor* aan die ingestelde erfgenaam beloof.<sup>40</sup> Besit van die boedel is op hierdie wyse aan die erfgenaam verleen, welke besit op so 'n wyse beskerm is dat die praetoriese erfgenaam mettertyd reghebbende van die boedel geword het. Dit het gebruik geword dat *bonorum possessio* deur die *praetor* toegeken is aan die persoon wat hom 'n geskrewe stuk (*tabulae*) kon toon waarin hy deur die testateur as erfgenaam aangewys is. Hierdie instelling van die praetoriese reg het derhalwe as *bonorum possessio secundum tabulas* bekend gestaan.<sup>41</sup> Die volgende ontwikkelingstap was byna vanselfsprekend. Die testateur het naamlik sonder enige beroep op *mancipatio* sy uiterste wil voor getuies op skrif gestel. Sodanige skriftelike stuk het voldoen aan die vereistes van die praetoriese reg en die *praetor* het sonder meer *bonorum possessio* toegeken aan die erfgenaam in die stuk genoem.<sup>42</sup>

Ontwikkeling op die gebied van testeervryheid in die Romeinse testate erfreg tot op hierdie stadium word soos volg deur Kaser opgesom:<sup>43</sup>

"With the change during the later Republic, from the agricultural, social and economic system, and with the increasing Roman self-assuredness, freedom of testation became the dominant principle of the system of succession on death. The testament, although evidently invented to meet the particular requirements of early Roman times, provided from early on the possibility of other dispositions by the testator. Since the core of the property no longer consisted of a rural estate which had to be prevented from being parcelled up, testators made full use of their freedom to institute one or more persons of

---

<sup>40</sup>Lee *Elements* 189; Spiller *Manual* 145; De Waal in Visser *Essays on the History of Law* 305.

<sup>41</sup>Van Warmelo *Inleiding* 202; Mackenzie *Studies* 254; Thomas *Introduction* 156.

<sup>42</sup>G. 2.119; Spiller *Manual* 145; Schulz *Classical Roman Law* 245.

<sup>43</sup>*Roman Private Law* 333. Sien ook Schulz *Classical Roman Law* 206; De Waal in Visser *Essays on the History of Law* 307.



their choice as heirs, thus transferring their property at their own discretion even to persons outside the family, or dividing it up. This disposal by the *paterfamilias* himself over the fate of his property became the rule in Rome...to such an extent that the testament strongly overshadowed intestate succession during this period."

Bogenoemde aanhaling dui daarop dat testateurs reeds in die voor-klassieke Romeinse reg 'n hoë mate van vryheid tot *exheredatio* en *heredis institutio* geniet het. Watson beskryf die benadering tot testeervryheid op die onderhawige gebied tydens die latere Romeinse Republiek soos volg:<sup>44</sup>

"Within the limits of the law, the testator's intention as expressed in his will was paramount, no matter how unreasonable this might be or how inconsistent with his other behaviour."

Die skrywer verwys na twee interessante gevalle ter illustrasie.<sup>45</sup> Die eerste is dié van ene Quintus Caecilius wat sy groot rykdom hoofsaaklik aan die ywer van sy vriend, Lucius Lucullus, te danke gehad het. Caecilius het telkemale verklaar dat Lucullus sy enigste erfgenaam sou wees en het selfs op sy sterfbed aan Lucullus sy ringe oorhandig - die tradisionele geskenk aan 'n erfgenaam. In sy testament het hy egter Cicero se vriend, Pomponius Atticus, as erfgenaam benoem. Die inwoners van Rome was klaarblyklik hewig ontsteld hieroor en het na Caecilius se dood sy liggaam met 'n tou om die nek deur die strate gesleep. Die bepaling van die testament moes nietemin eerbiedig word. 'n Tweede geval is dié van Lucius Valerius Heptachordus, *praetor* in 63vC. Heptachordus het sy aartsvyand, Cornelius Balbus, as enigste erfgenaam benoem ten spyte van die feit dat Balbus strafregtelike vervolging vir 'n halsmisdad teen Heptachordus aangestig het. Ook hierdie bepaling moes eerbiedig word ten spyte van die klaarblyklike verdorwenheid daarvan.

---

<sup>44</sup>*Law of Succession in the later Roman Republic 2.*

<sup>45</sup>*Law of Succession in the later Roman Republic 3.*

### 2 2 3 Die onderlinge verband tussen testeervryheid en enkele ander elemente van die Romeinse testate erfreg

In hierdie gedeelte word die Romeinsregtelike benadering tot testeervryheid in perspektief geplaas deur dit in verband te bring met enkele ander elemente van die Romeinse testate erfreg. Die belang van sodanige ondersoek is geleë in die oorweging dat die elemente waarop gefokus word nie alleen 'n selfstandige rol binne die testate erfreg gespeel het nie maar ook 'n beskermingsfunksie ten opsigte van testeervryheid vervul het. Die volgende elemente word ondersoek:

- (a) testeerbevoegdheid;
- (b) die vrye en onbelemmerde aard van die testeerhandeling;
- (c) delegasie van testeerbevoegdheid;
- (d) eksterne formalisme soos vergestalt in testamentêre verlydingsformaliteite;
- (e) kontraktuele erfopvolging;
- (f) die veranderlikheid en herroeplikheid van testamente; en
- (g) interne formalisme soos vergestalt in die interpretasie van testamente.

'n Omvattende ontleding van hierdie elemente val uiteraard buite die bestek van hierdie werk. Die onderhawige ondersoek word derhalwe beperk tot die relevansie van bogenoemde elemente vir die Romeinsregtelike benadering tot testeervryheid.

#### 2 2 3 1 *Testeerbevoegdheid*

Die Romeinse reg het vereis dat 'n testateur oor die nodige testeerbevoegdheid (*testamenti factio activa*) moes beskik alvorens sy testeervryheid in 'n geldige testament uitdrukking kon vind.<sup>46</sup> Hierdie bevoegdheid was aanvanklik slegs beskore vir manlike Romeinse burgers wat *sui iuris* was maar het mettertyd ook die *filiusfamilias* toegekom ten opsigte van sowel die vermoë wat hy tydens militêre diens verwerf het (*peculium castrense*) as die vermoë wat

<sup>46</sup>Kaser *Roman Private Law* 351-352; Van Warmelo *Inleiding* 207-208.



hy as beroepspersoon verwerf het (*peculium quasi castrense*).<sup>47</sup> Vroue het in die vroeë Romeinse reg nie oor testeerbevoegdheid beskik nie maar hulle kon later deur middel van 'n *coemptio fiduciaria* wel sodanige bevoegdheid verkry.<sup>48</sup> Hadrianus het die *coemptio fiduciaria* aan die begin van die tweede eeu voor Christus afgeskaf en vroue wat nie onder voogdy gestaan het nie kon dientengevolge vrylik testeer terwyl diegene onder voogdy bystand van die betrokke voogde moes ontvang.<sup>49</sup>

Testeeronbevoegdheid het in die Romeinse reg verskeie kategorieë persone getref. Heelparty onbevoegdheidsgevalle het verband gehou met die werklike of gewaande verstandelike onvermoë van die betrokke persone om die aard en uitwerking van hul handeling te begryp. Die onvolwassenheid van *impuberes* (meisies onder die ouderdom van twaalf jaar en seuns onder die ouderdom van veertien jaar) het hulle byvoorbeeld onbevoeg gemaak om 'n testament te verly.<sup>50</sup> Kranksinniges kon eweneens nie 'n testament verly nie aangesien geoordeel is dat hulle oor gebrekkige wysheid, intelligensie en insig beskik. 'n Testament wat 'n kranksinnige tydens 'n *lucidum intervallum* verly het, was egter wel geldig.<sup>51</sup> Verklaarde verkwisters het volgens Romeinse oortuiging onder dieselfde gebrekkige oordeel as *impuberes* gebuk gegaan en is derhalwe ook as testeeronbevoeg gereken.<sup>52</sup> Doofstommes kon vanweë hul liggaamlike gebrek en gevolglike onvermoë om op intellektuele gebied te ontwikkel en hul wense sinvol uit te druk nie sonder meer 'n testament verly nie. Justinianus het wel hierdie belet gedeeltelik ophef deur verlyding toe te laat indien 'n stom persoon self sy testament geskryf het.<sup>53</sup>

---

<sup>47</sup>*Inst.* 2.11.6; *Inst.* 2.12.pr.

<sup>48</sup>*G.* 1.115a.

<sup>49</sup>*G.* 1.115a; 1.118; 2.112-113.

<sup>50</sup>*Inst.* 2.12.1. Beinart 1953 *SALJ* 280-281 is van mening dat die belet wat op *impuberes* gerus het oorspronklik fundeer is op die oorweging dat hulle nie kinders kan verwek nie en derhalwe nie die behoefte ervaar om by wyse van testament vir die vermoënsregtelike voortsetting van 'n gesin voorsiening te maak nie.

<sup>51</sup>*Inst.* 2.12.1.

<sup>52</sup>*Inst.* 2.12.2.

<sup>53</sup>*Inst.* 2.12.3.

Die vereiste dat 'n Romeinse testateur testeerbevoeg moes wees, het 'n belangrike beskermingsfunksie ten opsigte van testeervryheid vervul. Testeervryheid moes kennelik op verantwoordelike en oordeelkundige wyse uitgeoefen word aangesien die wyse waarop testateurs oor hul nalatenskappe beskik het geredelik as 'n spieëlbeeld van die Romeinse volksgeaardheid beskou is.<sup>54</sup> Die kategorieë persone wat as testeeronbevoeg gereken is, kon volgens Romeinse oordeel nie hierdie vryheid aldus uitoefen nie en moes derhalwe hul bevoegdheid tot die testeerhandeling prysgee.

### 2 2 3 2 *Die vrye en onbelemmerde aard van die testeerhandeling*

Die Romeinse reg het vereis dat die testeerhandeling uit 'n vrye en onbelemmerde wilsverklaring moes bestaan. Enige aantasting van die vryheid van 'n testateur se wilsverklaring tydens die verlyding van sy testament het derhalwe ongeldigheid van die betrokke testament tot gevolg gehad. Die faktore wat gewoonlik in verband met sodanige aantasting ter sprake gekom het, was *dolus*, *metus* en dwaling.

'n Testamentêre bemaking of instelling van 'n erfgenaam wat aan *dolus* of *metus* te wyte was, het volgens Romeinse oordeel nie die egte wense van die betrokke testateur verteenwoordig nie maar eerder dié van die persoon wat vir die bedrog of dwang verantwoordelik was. Die testament het diensengevolge gefaal. Dieselfde beginsel het gegeld ten opsigte van 'n bemaking aan 'n begunstigde wat op bedrieglike of gedwonge wyse verhoed het dat sodanige bemaking deur die testateur gewysig of herroep word.<sup>55</sup>

'n Testamentêre bemaking of instelling van 'n erfgenaam wat aan dwaling te wyte was, was voorts ongeldig mits die tersaaklike dwaling inderdaad wesenlik was. Dwaling omtrent die identiteit van 'n begunstigde of die voorwerp van 'n bemaking is geredelik as wesenlik van aard aangemerkt aangesien *animus testandi* aan die kant van die betrokke

---

<sup>54</sup>Sien 2 3.

<sup>55</sup>*D.* 29.6.



testateur deur sodanige dwaling uitgesluit is.<sup>56</sup> Nie-wesenlike dwaling soos byvoorbeeld 'n vergissing omtrent die omvang van die aandele van meerdere begunstigdes in 'n bepaalde bate, het daarenteen nie meegebring dat die betrokke testament met ongeldigheid getref is nie.<sup>57</sup>

Die beskermingsfunksie wat die aandrang op 'n vrye en onbelemmerde testeerhandeling in die Romeinse reg ten opsigte van testeervryheid vervul het, is kennelik geleë in die oorweging dat hierdie vryheid slegs tot sy reg kom indien 'n testament inderdaad die ware en oorwoë wense van die betrokke testateur beliggaam. Romeinse oordeel het tereg bepaal dat enige bedrieglike of gedwonge vervanging van 'n testateur se wense deur dié van 'n ander of die afwesigheid van *animus testandi* hierdie beginsel in gedrang bring. Testamente wat onder sodanige gebreke gebuk gegaan het, is derhalwe met ongeldigheid getref.

### 2 2 3 3 *Die delegasie van testeerbevoegdheid*

'n Fundamentele beginsel van die Romeinse reg was dat 'n testateur sy testeerbevoegdheid self moes uitoefen en dit nie aan 'n ander kon deleger om dit namens hom te doen nie. Delegasie van testeerbevoegdheid is egter geredelik onderskei van 'n voorwaardelike bemaking ingevolge waarvan die medewerking van 'n ander bepalend was vir die aanspraak wat 'n begunstigde op 'n voordeel verkry het.

Ontoelaatbare delegasie van testeerbevoegdheid het onder andere ingesluit gevalle waar *heredis institutio* afhanklik gestel is van die wense, goedkeuring of diskresie van 'n derde, byvoorbeeld *quos Titius voluerit*<sup>58</sup> of *si Titius voluerit, Sempronius heres esto*.<sup>59</sup> Sodanige instel van 'n erfgenaam is geredelik met ongeldigheid getref. 'n Legaat was eweneens ongeldig indien die toekenning daarvan van die wense, goedkeuring of diskresie van 'n derde

---

<sup>56</sup>Beinart 1959 *Acta Juridica* 200 n 3 wys daarop dat die term *animus testandi* nie in Romeinse regsbronne te vind is nie maar wel in vroeë Griekse regswerke voorkom.

<sup>57</sup>*D.* 28.5.9.

<sup>58</sup>*D.* 28.5.32.

<sup>59</sup>*D.* 28.5.69(68).



afhanklik gestel is, byvoorbeeld *si Maevius voluerit, Titio decem do*.<sup>60</sup> Die medewerking van 'n derde kon egter wel 'n voorwaardelike bemaking fundeer, byvoorbeeld *Titio decem do lego, si Maevius Capitolium ascenderit*.<sup>61</sup> Die begunstigde se aanspraak op die voordeel was volgens Romeinse oordeel in laasgenoemde geval nie op dieselfde direkte wyse van die wense, goedkeuring of diskresie van die derde afhanklik as in die geval van die delegasie van testeerbevoegdheid nie. Sodanige voorwaardelike bemaking was derhalwe toelaatbaar en geldig.

Die Romeinse reg het wel enkele uitsonderings geken op die reël wat delegasie van testeerbevoegdheid verbied het. Justinianus het enersyds op grond van sosio-ekonomiese oorwegings die instel van armes (*pauperes*) as erfgename veroorloof en bates wat diensengevolge aan armes bemaak is, het geredelik onder die beheer van plaaslike biskoppe gekom wat dit op diskresionêre wyse onder hulpbehoewendes verdeel het.<sup>62</sup> Romeinse testateurs was andersyds nie verplig om self *fideicommissarii* aan te wys wanneer van die testamentêre *fideicommissum* gebruik gemaak is nie. 'n Testateur kon naamlik aan die erfgenaam of legataris wat as *fiduciarius* ingestel is 'n bemakingsbevoegdheid (*potestas vel facultas eligendi*) verleen ingevolge waarvan laasgenoemde *fideicommissarii* kon aanwys. Die oorwig van gesag dui daarop dat sodanige aanwysing in die reël geskied het vanuit 'n groep persone wat vooraf deur die testateur bepaal is (*certum genus personarum*).<sup>63</sup>

Die reël wat die delegasie van testeerbevoegdheid verbied het, het ongetwyfeld funksioneer ten einde te verseker dat sodanige bevoegdheid inderdaad deur die betrokke testateur self uitgeoefen word. Die besef dat testeerbevoegdheid en derhalwe ook testeervryheid in gedrang kom indien testamentêre bemakings geredelik aan die wense, goedkeuring of diskresie van derdes onderhewig is, was derhalwe reeds in die Romeinse reg te bespeur. Die regstelsel het egter oor voldoende soepelheid beskik om erkenning te verleen aan bogenoemde twee

---

<sup>60</sup>D. 35.1.52.

<sup>61</sup>D. 28.5.69(68); D. 35.1.52.

<sup>62</sup>C. 1.3.48(49); Nov. 131.

<sup>63</sup>D. 30.114.15-16; D. 31.67; D. 31.77.4, 10 en 25; D. 34.5.7(8); D. 35.2.54.



uitsonderings op die onderhawige reël. Hierdie uitsonderings was waarskynlik op beleids- en praktiese oorwegings fundeer aangesien 'n effektiewe verdeling van bates daardeur in die hand gewerk is.

#### 2 2 3 4 *Eksterne formalisme: testamentêre verlydingsformaliteite*

Romeinsregtelike beleid was van die vroegste tye dat regsverbintenisse en -verhoudings slegs op formele of rituele wyse tot stand kan kom.<sup>64</sup> Hierdie beleid het ook ten opsigte van die testate erfreg gegeld. Die eerste Romeinse testamente soos die *testamentum calatis comitiis* en die *testamentum in procinctu* het byvoorbeeld ooreenkomstig bepaalde rituele deur mondelinge wilsverklarings tot stand gekom.<sup>65</sup> Die *testamentum per aes et libram* het op *mancipatio* berus ingevolge waarvan die testateur in die teenwoordigheid van vyf getuies sy huidige en toekomstige boedel op 'n *familiae emptor* oorgemaak het.<sup>66</sup> *Mancipatio* is in hierdie verband tydens die latere Republiek vervang deur 'n mondelinge wilsverklaring (*nuncupatio*) voor getuies, die *familiae emptor* en *libripens*.<sup>67</sup> Ingevolge die praetoriese reg is *bonorum possessio* verleen aan die persoon wat in 'n *nuncupatio* as erfgenaam aangewys is. Sodanige aanwysing het aanvanklik mondeling geskied maar is later op skrif gestel en voor sewe getuies verseël (*bonorum possessio secundum tabulas*).<sup>68</sup> In die na-klassieke reg is benewens die teenwoordigheid van getuies geredelik op die ondertekening van testamente deur testateurs aangedring.<sup>69</sup> Voorsiening is voorts gemaak vir eiehandiggeskrewe testamente opgestel in die afwesigheid van getuies (*per holographam scripturam*) terwyl mondelinge testamente (*per nuncupationem; sine scriptura*) steeds voorgekom het.<sup>70</sup>

---

<sup>64</sup>Kaser *Roman Private Law* 43.

<sup>65</sup>G. 2.101; Schulz *Classical Roman Law* 240-241.

<sup>66</sup>G. 2.102-108; Kaser *Roman Private Law* 344; Schulz *Classical Roman Law* 245.

<sup>67</sup>Kaser *Roman Private Law* 345; Schulz *Classical Roman Law* 245.

<sup>68</sup>G. 2.119; Kaser *Roman Private Law* 346; Schulz *Classical Roman Law* 245-246.

<sup>69</sup>C. 6.23.21; Kaser *Roman Private Law* 346-347.

<sup>70</sup>Kaser *Roman Private Law* 347.



'n Testament wat nie aan die nodige verlydingsformaliteite voldoen het nie, was sonder meer ongeldig.<sup>71</sup> Sodanige ongeldigheid van testamente by nie-nakoming van formaliteite skyn *prima facie* in stryd te wees met die rol wat testeervryheid binne die sfeer van die Romeinse testate erfreg gespeel het. 'n Balans moes egter verkry word tussen enersyds die erkenning van die vryheid tot testamentêre beskikking en andersyds die beskerming van testateurs se wilsverklarings deur sover moontlik 'n waarborg van egtheid te verskaf en as skans teen bedrog te dien. Kaser verduidelik die beskermingsfunksie van eksterne formalisme ten opsigte van testeervryheid soos volg:<sup>72</sup>

"In Rome, as today, these rules may be explained, firstly, by the importance of the transaction on account of which the testator was to be induced to be very careful when making his declarations, and, on the other hand, by the difficulty of investigating and proving, after his death, the testator's intention as differing from the *prima facie* meaning of his declaration."

Die ooglopende nadeel wat uit bogenoemde regsposisie voortvloei, naamlik dat 'n testateur se duidelike bedoeling ten opsigte van die verdeling van sy nalatenskap na sy dood deur 'n blote formele gebrek in sy testament frustreer kan word, is nooit op effektiewe wyse deur die Romeinse besweer nie. Die rigiditeit waarmee eksterne formalisme vormgebrekkige testamente beheers het, is wel getemper deur ten opsigte van interne formalisme 'n liberale benadering tot die interpretasie van testamente te volg<sup>73</sup> asook deur die erkenning van 'n aantal geprivilegieerde testamente in die klassieke en na-klassieke reg waarvoor weinig of geen verlydingsformaliteite neergelê is nie.<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup>Kaser *Roman Private Law* 349; De Waal in Visser *Essays on the History of Law* 307.

<sup>72</sup>*Roman Private Law* 348.

<sup>73</sup>Sien 2 2 3 7.

<sup>74</sup>De Waal in Visser *Essays on the History of Law* 305.



## 2 2 3 5      *Kontraktuele erfopvolging*

Kontraktuele erfopvolging was as derde wyse van erfopvolging naas testate en intestate erfopvolging aan die Romeine onbekend. Die *pactum successorium* het derhalwe geen regskrag geniet nie. Hierdie benadering is verwoord in die stelreëls *hereditas pactis non deferri potest* en *hereditas enim non datur pactis sed testamento*.<sup>75</sup> Twee oorwegings het hierdie benadering fundeer. Die *pactum successorium* is enersyds as immoreel, gevaarlik en misdadig beskou omdat dit 'n begeerte kon laat ontstaan om 'n erflater wat as kontraksparty opgetree het se dood te bewerkstellig.<sup>76</sup> Andersyds was dit vir die Romeine duidelik dat 'n *pactum successorium* wat as tweesydigse regshandeling vanaf sluiting bindend en onherroeplik is kennelik die vryheid van 'n testateur aan bande lê om by wyse van testament oor sy nalatenskap te beskik. Sodanige inbreuk op testeervryheid is as *contra bonos mores* gereken en daarom ter beskerming van testeervryheid uitdruklik verbied.<sup>77</sup>

Die volgende ooreenkomste is in die lig van bogenoemde benadering in die Romeinse reg met ongeldigheid getref: ooreenkomste ingevolge waarvan die betrokke partye ooreengekom het om mekaar as erfgename in te stel, om mekaar nie as sodanig in te stel nie of om nie mekaar se intestate erfdele te aanvaar nie asook ooreenkomste ingevolge waarvan die partye ooreengekom het omtrent die verdeling, aanvaarding of verwerping (laasgenoemde die *pactum de non succedendo*) van 'n erfenis wat hulle hoop om in die toekoms van 'n derde te ontvang. Die ongeldigheid van laasgenoemde drie ooreenkomste is fundeer op die oorweging dat, hoewel nie 'n direkte inbreuk op testeervryheid nie, dit steeds *contra bonos mores* is om oor

---

<sup>75</sup>C. 2.3.15; C. 5.14.5; C. 6.20.3; C. 8.38.4; D. 45.1.61; Joubert 1961 *THRHR* 24.

<sup>76</sup>C. 2.4.11; Joubert 1961 *THRHR* 24; *Van Jaarsveld v Van Jaarsveld's Estate* 1938 TPA 343 345.

<sup>77</sup>C. 1.2.1; C. 2.3.15; D. 24.1.32.3; D. 34.4.4; Joubert 1961 *THRHR* 24; Van Warmelo 1977 *THRHR* 188; *Van Jaarsveld v Van Jaarsveld's Estate* 1938 TPA 343 346; *Borman en De Vos v Potgietersrusse Tabakkorporasie* 1976 3 SA 488 (A) 501 D-H.



'n derde se nalatenskap te beskik voor sy dood.<sup>78</sup> Justinianus het hierdie posisie in 531nC in 'n *constitutio* bevestig.<sup>79</sup> Die *constitutio* handel met die geval waar twee partye 'n ooreenkoms bereik rakende die beskikking oor 'n erfenis wat hulle in die toekoms sal toeval. Sodanige ooreenkoms word behoudens enkele uitsonderings uitdruklik afgekeur en as *contra bonos mores* bestempel.<sup>80</sup>

Die Romeine het egter wel die *donatio mortis causa* geken. In hierdie verband is drie soorte skenkingsooreenkomste geïdentifiseer. Die eerste het betrekking gehad op die geval waar die skenker nie in doodsgevaar verkeer het nie maar steeds 'n skenkingsooreenkoms gesluit het gedagtig aan sy dood. Die tweede het betrekking gehad op die geval waar die skenker wel in onmiddellike doodsgevaar verkeer het en ingevolge waarvan die geskenk sonder meer die eiendom van die begunstigde geword het. Die laaste het betrekking gehad op die geval waar die skenker as't ware in die skaduwee van 'n dreigende dood gestaan het maar die skenking onderhewig gestel het aan die voorwaarde dat dit eers by sy dood op die begunstigde moet oorgaan. Hierdie skenkings was in die klassieke Romeinse reg ten volle herroeplik deur die skenker. Met verloop van tyd het die *donatio mortis causa* groter ooreenkoms met die legaat begin toon en het sowel verlydingsformaliteite as verskeie ander maatreëls wat op legate van toepassing was (byvoorbeeld die *leges Furia testamentaria*, *Voconia* en *Falcidia*) ook ten opsigte van die *donatio mortis causa* aanwending gevind.<sup>81</sup>

## 2 2 3 6 *Die veranderlikheid en herroeplikheid van testamente*

Die Romeinse reg het as fundamentele beginsel aanvaar dat 'n testateur sy testament te eniger tyd voor sy dood kan wysig of herroep.<sup>82</sup> Twee oorwegings het hierdie benadering fundeer.

<sup>78</sup>C. 8.38.4; D. 18.4.1; D. 18.4.7; Van Warmelo 1977 *THRHR* 189.

<sup>79</sup>C. 2.2.30.

<sup>80</sup>Van Warmelo 1977 *THRHR* 190.

<sup>81</sup>*Inst.* 2.7.1; D. 39.6.2; Van Warmelo *Inleiding* 249; Kaser *Roman Private Law* 386-387. Sien 2 3 2 ten opsigte van die tersaaklike wetgewing.

<sup>82</sup>De Waal in Visser *Essays on the History of Law* 308.



Enersyds het die feit dat 'n testament wesenlik deur 'n eensydige regshandeling daargestel word tot gevolg dat 'n testateur nie van die medewerking van 'n ander afhanklik is om sy testament te wysig of te herroep nie. Andersyds behoef dit geen betoog nie dat 'n testateur te eniger tyd voor sy dood "van plan kan verander" wat testamentêre beskikking betref en derhalwe ooreenkomstig die beginsel van testeervryheid 'n bestaande beskikking kan wysig of ongedaan kan maak. Hierdie twee oorwegings is ongetwyfeld in die Romeinse reg erken en het aldaar ter onderskraging van testeervryheid funksioneer.<sup>83</sup>

'n Romeinse testateur kon homself in die lig van bogenoemde benadering nie sonder meer die vryheid ontnem om sy testament te wysig of te herroep nie. 'n *Clausula derogativa* ingevolge waarvan 'n testateur byvoorbeeld onderneem om sy testament onaangetas te laat of wysigings slegs met die gebruik van sekere woorde aan te bring, was derhalwe oneffektief aangesien dit testeervryheid in gedrang bring.<sup>84</sup>

## 2 2 3 7      *Interne formalisme: die interpretasie van testamente*

Die Romeinsregtelike reëls en beginsels ten opsigte van die interpretasie van testamente was liberaal van aard en daar is te alle tye gepoog om 'n testament wat geldig verly is deur middel van gunstige interpretasie (*favor testamenti*) in stand te hou.<sup>85</sup> Enkele van die tersaaklike reëls en beginsels word vervolgens kortliks ter illustrasie in oënskou geneem.

As uitgangspunt is gestel dat die bedoeling van 'n testateur wat in duidelike en ondubbelsinnige taal verwoord is, uitgevoer moet word.<sup>86</sup> Indien die bewoording van 'n testament egter verskil het van die bewese bedoeling van die betrokke testateur, het die bedoeling voorkeur bo die woorde geniet.<sup>87</sup> Indien die bedoeling van die testateur nie

---

<sup>83</sup>Kaser *Roman Private Law* 353.

<sup>84</sup>D. 32.22.

<sup>85</sup>Schulz *Classical Roman Law* 205; De Waal in Visser *Essays on the History of Law* 307.

<sup>86</sup>D. 32.25.1; Hunter *Exposition of Roman Law* 953.

<sup>87</sup>D. 32.27.2; D. 35.1.42; Hunter *Exposition of Roman Law* 954.

voldoende deur die bewoording van 'n testament openbaar is nie, kon ekstrinsieke getuienis aangebied word ten einde sodanige bedoeling na behore vas te stel.<sup>88</sup> Onduidelikhede ten opsigte van bewoording is dikwels uit die weg geruim deur (selfs ietwat geforseerde) interpretasie *favor testamenti*. Verwysings na die manlike geslag het byvoorbeeld geredelik die vroulike geslag ingesluit terwyl die teenoorgestelde nie noodwendig die geval was nie. Die voegwoorde *et*, *aut*, *vel* en *sive* is voorts na gelang van omstandighede dikwels as onderling uitruilbaar gesien of het dikwels ander betekenisse gekry. Verduidelikende woorde het ook nie bemakings onnodig beperk nie en voorwaardes is geredelik as herhalend geag indien dit geldigheid van 'n daaropvolgende legaat in die hand sou werk.<sup>89</sup> Die aard van 'n bemaking, die konteks waarin 'n bemaking voorgekom het en die persoonlike omstandighede van 'n erfgenaam of legataris is soms in ag geneem ten einde onduidelikhede uit die weg te ruim.<sup>90</sup>

Die Romeinsregtelike reëls en beginsels ten opsigte van die interpretasie van testamente was wesenlik gerig op die identifikasie en handhawing van die bedoeling van testateurs. In hierdie verband het dit enersyds 'n teenwig gevorm teen die rigiede aandrang op die nakoming van testamentêre verlydingsformaliteite, juis omdat gepoog is om testamente wat geldig verly is, gunstig te interpreteer. Andersyds het bogenoemde reëls en beginsels funksioneer ter erkenning van die oorweging dat die vryheid van testateurs tot testamentêre beskikking onderskraag moet word deur testamente op so 'n wyse uit te lê dat die bewese bedoeling van testateurs gehandhaaf word.

---

<sup>88</sup>D. 30.50.3; Hunter *Exposition of Roman Law* 957.

<sup>89</sup>Hunter *Exposition of Roman Law* 957-962.

<sup>90</sup>D.35.1.108; D. 36.2.27; Hunter *Exposition of Roman Law* 957-962.



## 2 3 DIE BEPERKING VAN TESTEERVRYHEID IN DIE ROMEINSE REG

Die vryheid wat die individu binne die liberale Romeinse samelewing geniet het, het kennelik nie beteken dat elkeen binne die sfeer van die privaatreë na goeie dinge en sonder belet kon handel nie. Die Romeinse regsgevoel soos vergestalt in *pietas*, *fides* en *humanitas* het ook reële beperking van hierdie vryheid teweeggebring.<sup>91</sup> Op die gebied van die testate erfreg het die *boni mores* derhalwe nie alleen regsontwikkeling ter handhawing van testeervryheid fundeer nie maar ook as grondslag gedien vir regsontwikkeling ter bevrediging van 'n behoefte aan die beperking van testeervryheid. Schulz verklaar in hierdie verband:<sup>92</sup>

"Public opinion operated, for example, to restrict the freedom accorded to a testator to the limits imposed by good sense. The contents of private wills were of general interest; they were looked upon as mirroring contemporary customs."

Ten einde die bespreking van die onderhawige regsontwikkeling te vergemaklik, word 'n tweeledige onderskeid getref. Enersyds word beperkings ten opsigte van *exheredatio* in oënskyn geneem aangesien *exheredatio* as teenhanger van *heredis institutio* een van die vernaamste funksies van die Romeinse testament was. In samehang hiermee word gefokus op enkele gevalle waar 'n reg tot 'n bepaalde gedeelte van boedels ten gunste van sekere persone gereserveer is. Andersyds word die regposisie buite die sfeer van *exheredatio* en verwante gevalle geïllustreer deur die beperking van testeervryheid ten opsigte van wederregtelike testamentêre bepalings en testamentêre bepalings wat teen die goeie sedes is asook ten opsigte van familieskikkings en die ewigdurende *fideicommissum* in oënskyn te neem.

---

<sup>91</sup>Schulz *Principles* 158.

<sup>92</sup>*Principles* 159.

### 2 3 1 Die beperking van testeervryheid ten opsigte van *exheredatio*

Kaser verskaf die volgende verduideliking vir die behoefte aan beperking van testeervryheid in die lig van ontewing van *sui heredes*:<sup>93</sup>

"While disherisons during the agricultural age served mainly to make possible the sole succession of the 'heir to the farm' by excluding (and providing otherwise for) the rest of the *sui* who were entitled to succession, its function subsequently changed: during the period of fully-developed and practised freedom of testation, disherison was also inflicted as a punishment on a person who neglected his duty towards the testator, or was guilty of disreputable conduct. However, towards the end of the Republic the cases where testators abused their freedom of testation by groundlessly disinheriting their next of kin, increased."

Declareuil verklaar in aansluiting hierby:<sup>94</sup>

"With the decline of the Republic, the invasion of cosmo-politanism and the great advances of democracy, moral standards were lowered and the solidarity of the family...became gradually relaxed. Each man tended to regard his property as subject to his own caprice and disposed of it despotically. The ancient right of the *heredis sui* and the new right of the *liberi* were both threatened, and the will became an expression of purely personal whims and sentimentalities."

Bogenoemde verduidelikings verklaar die besef wat kort voor lank ontstaan het dat volkome testeervryheid ten opsigte van *exheredatio* misbruik kan word en sodoende die billikheid van ontewings in gedrang kan bring deurdat testateurs buitestaanders ten koste van hul eie

---

<sup>93</sup>*Roman Private Law* 355.

<sup>94</sup>*Rome the Law-Giver* 291.



verwante bevoordeel. Ten einde hierdie gevaar hok te slaan, is die Romeinse testate erfreg gekenmerk deur die ontwikkeling van verskeie beperkings op veral die vryheid van testateurs tot *exheredatio*. Die volgende drie instellings kan as bakens op dié ontwikkelingspad geïdentifiseer word en word vervolgens ondersoek:

- (a) vererwing *iure civili* in geval van *praeteritio* van 'n testateur se *sui heredes*;
- (b) *bonorum possessio contra tabulas*; en
- (c) die *querela inofficiosi testamenti*.

Hierdie instellings het die inkorting van testateurs se testeervryheid ten doel gehad maar die wyse waarop dié doel in elke geval bereik is, het onderling verskil - die werking van eersgenoemde twee was naamlik formeel van aard terwyl laasgenoemde die materiële reg aangespreek het.

### 2 3 1 1      ***Vererwing iure civili in geval van praeteritio van 'n testateur se sui heredes***

Tydens die latere Republiek en in die klassieke Romeinse reg is vereis dat 'n testateur die *sui heredes* wat hy as testamentêre erfgename wou instel inderdaad uitdruklik as sodanig moes instel terwyl hy die *sui heredes* wat hy wou onterf uitdruklik as sodanig moes onterf. Dit was gevolglik onvoldoende om *sui heredes* bloot stilswyend oor te slaan (*praeteritere*). Die regsposisie kan kortliks soos volg opgesom word.<sup>95</sup>

- (a) *Filii in potestate* moes by name (*nominatim*) as erfgename ingestel of onterf word. Indien nie aan hierdie voorskrif gehoor gegee is nie, was die hele testament nietig *iure civili* en het die boedel ooreenkomstig die reëls van die intestate erfreg vererf.
- (b) Sowel dogters en kleinkinders *in potestate* as die *uxor in manu* kon in 'n algemene bepaling (*inter ceteros*) onterf word sonder om hulle by name te identifiseer. Indien hulle nòg as erfgename ingestel, nòg onterf is, was die testament nietemin geldig maar

---

<sup>95</sup>G. 2.135; D. 28.2.3.1; D. 28.2.28.1; D. 29.15; Schulz *Classical Roman Law* 267; Van Zyl *History and Principles* 219; Spiller *Manual* 154.

hulle het 'n proporsionele deel van die erflating saam met die ingestelde erfgename ontvang. Indien die ingestelde erfgename *sui heredes* was, was dié deel gelyk aan hul intestate erfdeel; indien die ingestelde erfgename nie *sui heredes* was nie, het dié deel die helfte van die boedel uitgemaak.

- (c) *Postumi sui*, of te wel *sui heredes* reeds verwek op die stadium van verlyding van die testament wat later lewend gebore word, moes ook uitdruklik as sodanig ingestel of onterf word. Versuim hiertoe het tot die ongeldigheid van die testament gelei (ongeag die geslag van die *postumi*) met intestate vererwing as die gevolg.

Bogenoemde regsposisie is fundeer op 'n besef dat testateurs se nalatenskappe geredelik ten gunste van hul *sui heredes* beskerm behoort te word. Die testeervryheid van testateurs moes egter terselfdertyd gerespekteer word. Die vryheid om *sui heredes* uitdruklik in te stel of te onterf, is gevolglik onaangetas gelaat. Indien die betrokke testament egter oor die *sui* geswyg het, het hulle sonder meer 'n aanspraak ingevolge die *ius civile* op die erflating behou ongeag die feit dat die testament nie sodanige aanspraak aan hulle toegeken het nie.

### 2 3 1 2      *Bonorum possessio contra tabulas*

Bogenoemde beginsels ten opsigte van *praeteritio* het in gewysigde vorm ook deel van die praetoriese reg geword. Die fokus het nou nie meer soseer op testateurs se *sui heredes* geval nie maar eerder op hul kinders (*liberi*). Die regsposisie kan kortliks soos volg opgesom word.<sup>96</sup>

- (a) Manlike *liberi* van 'n testateur moes *nominatim* as erfgename onterf of ingestel word. Indien 'n *filiusfamilias* stilswyend oorgeslaan is, was die hele testament nietig en het die *praetor* in toepaslike gevalle *bonorum possessio ab intestato* aan die *filius* toegeken.
- (b) Vroulike *liberi* kon steeds *inter ceteros* onterf word. Indien sodanige *liberi* egter stilswyend oorgeslaan is, was die testament nie nietig nie maar het die *praetor*

<sup>96</sup>G. 2.125; G. 2.129; Inst. 2.13.5; Schulz *Classical Roman Law* 271; Van Zyl *History and Principles* 219.



*bonorum possessio contra tabulas* toegeken, dikwels in ooreenstemming met die *liberi* se intestate erfdeel.

Hierdie reëlins van die praetoriese reg het insgelyks ten doel gehad beskerming van nalatenskappe ten gunste van testateurs se kinders by gebrek aan die nodige toewysing daarvan aan die kinders in 'n testament.<sup>97</sup> Justinianus het die praetoriese reëlins behou maar met die strenger vereiste dat elke onderwing *nominatim* moes plaasvind. Indien dit nie gebeur het nie kon die *sui heredes* intestate vererwing bewerkstellig deur die hele testament nietig te laat verklaar terwyl ander *liberi bonorum possessio contra tabulas* kon verkry.<sup>98</sup>

### 2 3 1 3      *Die querela inofficiosi testamenti*

Die *querela inofficiosi testamenti* of te wel die klag van die onpligmatige testament verteenwoordig as't ware die kulminasie van regsontwikkeling op die onderhawige gebied. Die *querela* was aanvanklik op nietigheid van die betrokke testament gerig. Die grondslag van sodanige nietigheid is gevind in 'n versuim aan die kant van die betrokke testateur om sy plig van piëteit teenoor sy *sui heredes* in die algemeen en die *liberi* in besonder na te kom deurdat hy hulle sonder meer onderf het of so 'n geringe erfdeel nagelaat het dat dit prakties op onderwing neergekom het.<sup>99</sup> 'n Suksesvolle beroep op die *querela* het dan intestate vererwing van die betrokke nalatenskap bewerkstellig.<sup>100</sup>

Onpligmatigheid van 'n testateur het egter nie ingevolge die *ius civile* sonder meer tot ongeldigheid van sy testament gelei nie. Onpligmatigheid was voorts nie werklik 'n regsquessie nie maar eerder 'n sosiale oordeel. Hierdie oorwegings het veroorsaak dat baie Romeinse juriste in retoriek oor die onderwerp verwal het. 'n Gewilde standpunt in hierdie verband het die rede vir onpligmatigheid in die kranksinnigheid van die betrokke testateur

---

<sup>97</sup>Schulz *Classical Roman Law* 271.

<sup>98</sup>Lee *Elements* 211.

<sup>99</sup>Van Zyl *History and Principles* 220; Schulz *Principles* 158.

<sup>100</sup>Van Warmelo *Inleiding* 218; Thomas *Essentialia* 193; Spiller *Manual* 155.



gevind: aangesien die testateur 'n onpligmatige testament gemaak het, moes hy kranksinnig gewees het en aangesien 'n kranksinnige nie regtens 'n geldige testament kan maak nie, is die testament nietig. Juriste het kennelik begryp dat hierdie gewaande kranksinnigheid 'n blote fiksie was maar dit is steeds as nuttige voorwendsel gebruik ten einde die nietigheid van testamente te bewerkstellig.<sup>101</sup>

Die feit dat 'n suksesvolle beroep op die *querela* die nietigheid van testamente en derhalwe intestate vererwing tot gevolg gehad het, het meegebring dat dit aanvanklik slegs testateurs se intestate erfgename toegekom het. Hieronder is wesenlik 'n testateur se afstammeling en voorouers (maar nie oorlewende gade nie) gereken. Later kon ook die broers en susters van 'n testateur in bepaalde omstandighede van die *querela* gebruik maak.<sup>102</sup> Reeds teen die middel van die eerste eeu voor Christus was die *querela* geredelik tot beskikking van persone wat nie tradisioneel as *sui heredes* van 'n testateur gereken is nie.<sup>103</sup>

Romeinse juriste het kort voor lank besef dat die *querela* in wese teen die ingestelde testamentêre erfgenaam gerig was. Die reëls van die *querela* is diensengevolge gewysig om instandhouding eerder as nietigheid van die hele testament te verseker. Die testament was nou bloot proporsioneel nietig, met ander woorde slegs in soverre dit nodig was om aan die eiser ingevolge die *querela* sy intestate erfdeel toe te ken.<sup>104</sup> 'n Suksesvolle beroep op die *querela* het gevolglik slegs die persoon wat die eis ingestel het bevoordeel en nie meer al die intestate erfgename van 'n testateur begunstig nie. Vanaf die vierde eeu na Christus is die beskikbaarheid van die *querela* uitgebrei na erfgename wat wel as sodanig ingestel is maar aan wie 'n geringe erfdeel toegeken is.<sup>105</sup> Die *querela* was nou uitsluitlik teen die ingestelde erfgenaam gerig ten einde vir 'n erfgenaam wat weinig gekry het 'n behoorlike erfdeel te

---

<sup>101</sup> *Inst.* 2.18; *D.* 5.2.2; Van Warmelo *Inleiding* 219; Kaser *Roman Private Law* 357; Watson *Law of Succession in the later Roman Republic* 62.

<sup>102</sup> *C.* 3.28.27; *D.* 5.2.1; Van Zyl *History and Principles* 220; Thomas *Introduction* 164.

<sup>103</sup> Watson *Law of Succession in the later Roman Republic* 66.

<sup>104</sup> Schulz *Classical Roman Law* 277.

<sup>105</sup> Thomas *Essentialia* 193.



verseker. Die deel wat vir laasgenoemde erfgenaam bepaal is, het 'n kwart van sy intestate erfdeel (*quarta legitimae partis*, *portio legitima* of *legitim*) uitgemaak.<sup>106</sup> Die beperking in die omvang van die *legitim* tot sodanige kwart het klaarblyklik verband gehou met die *lex Falcidia* wat bepaal het dat testateurs nie oor meer as driekwart van hul boedels by wyse van legate kon beskik nie. Deur middel van die *lex Falcidia* is testateurs beweeg om ten minste 'n kwart van hul erflatings (die *quarta Falcidia*) aan 'n erfgenaam toe te deel. Die doel was klaarblyklik om die vrygewigheid van testateurs ten koste van hul nabye verwante te beperk.<sup>107</sup> Hierdie bestaande beperking op testeervryheid is geredelik deel van die prosedure ingevolge die *querela* gemaak aangesien dieselfde oogmerk deur die gebruik van sowel die *quarta Falcidia* as die *portio legitima* gedien is.

Die *querela* was nie tot beskikking van 'n erfgenaam wat onterf is of aan wie weinig toegeken is indien die testateur goeie rede tot sodanige onterwing of geringe bemaking gehad het nie. Aanvanklik is elke beslissing in hierdie verband op die omstandighede van die betrokke geval baseer. Dít is ook die regsposisie wat deur Justinianus in die *Institutiones* (533nC) weergegee is.<sup>108</sup> In die *Novellae* (542nC) word egter 'n *numerus clausus* van omstandighede verskaf waarin testateurs geregtig was om erfgename te onterf.<sup>109</sup> Die volgende gronde word onder andere vermeld: 'n aanslag op die lewe van 'n testateur deur 'n erfgenaam, kettery, verwaarlosing van 'n testateur tydens geestesongesteldheid, belediging van 'n voorouer deur 'n afstammeling, geslagsgemeenskap met die vrou of konkubine van 'n testateur en verhindering van 'n testateur om 'n testament te maak.<sup>110</sup> Hierdie gronde hou duidelik verband met optrede wat op ernstige wangedrag teenoor testateurs neerkom of optrede wat as *contra bonos mores* aangemerkt kan word.

---

<sup>106</sup>C. 3.28.30; *Inst.* 2.18.3; Van Warmelo *Inleiding* 219; Thomas *Introduction* 164; Van Zyl *History and Principles* 221.

<sup>107</sup>Sien 2 3 2 2 omtrent die *lex Falcidia*.

<sup>108</sup>*Inst.* 2.18.3; *Inst.* 2.18.6-7.

<sup>109</sup>*Nov.* 115.

<sup>110</sup>Van Warmelo *Inleiding* 221; Kaser *Roman Private Law* 358; Thomas *Essentialia* 194.



Alhoewel alle skrywers nie hieroor eens is nie, kan die Justiniaanse reg ten opsigte van die *querela* moontlik soos volg opgesom word:<sup>111</sup>

- (a) Indien 'n erfgenaam wat geregtig was op 'n *legitim* ('n gedeelte van die intestate erfdeel wat in omvang kon wissel na gelang van die aantal aanspraakmakers) geheel en al sonder goeie rede onterf is, het die erflating verval en so 'n onterfde het sy *legitim* gekry maar die res van die testament, byvoorbeeld bepalinge ten opsigte van *fideicommissa*, die bemaking van legate, die vrylating van slawe en die benoeming van voogde, het geldig gebly.
- (b) Indien 'n erfgenaam wat geregtig was op 'n *legitim* minder as sodanige *legitim* ingevolge 'n testament ontvang het, het die hele testament geldig gebly maar die erfgenaam het die *actio ad supplendam legitimam* tot inkorting van ander bemakings en ter aanvulling van sy deel tot die waarde van die *legitim* verkry.

Die testeervryheid van testateurs is ingevolge die *querela* in sy finale vorm dus aan bande gelê, hoofsaaklik ten einde die ongeregverdigde onderwing van nabye verwante asook die toekenning van 'n onredelik geringe erfdeel te verhoed, sonder om die geldigheid van die hele testament in gedrang te bring. Op hierdie wyse is gehoor gegee aan die Romeinse *boni mores* ingevolge waarvan dit belangrik geag is dat testateurs hul morele verpligtinge (*officium pietas*) teenoor hul nabye verwante nakom, ook wat bevoordeling *mortis causa* betref.<sup>112</sup>

### 2 3 2 Die beperking van testeervryheid deur voorbehoud van die reg tot 'n bepaalde gedeelte van boedels ten gunste van sekere persone

Die *querela inofficiosi testamenti* was nie die enigste meganisme in die Romeinse reg ingevolge waarvan die reg tot 'n bepaalde gedeelte van nalatenskappe of boedels ten gunste van sekere persone voorbehou is nie. Verskeie statutêre maatreëls het naamlik werking geniet ten einde testeervryheid te beperk, veral in 'n poging om nabye verwante teen onderwing te

<sup>111</sup>C. 3.28; *Inst.* 2.18; *D.* 5.2; Thomas *Essentialia* 194; Mackenzie *Studies* 269; Thomas *Introduction* 165.

<sup>112</sup>De Waal in Visser *Essays on the History of Law* 308.



beskerm asook om die gevaar van die onekonomiese verdeling van groot boedels by wyse van oormatige legatering hok te slaan. Ter aanvulling van die voorafgaande bespreking word die volgende gevalle by wyse van voorbeeld kortliks onder die loep geneem:

- (a) die *lex Furia testamentaria* en die *lex Voconia*;
- (b) die *lex Falcidia*;
- (c) die *Senatusconsultum Trebellianum* en *Senatusconsultum Pegasianum*;
- (d) die *quarta Antonina* of *quarta Divi Pii*; en
- (e) die *quarta uxoria* of *quarta viduae egentis*.

### 2 3 2 1 *Die lex Furia testamentaria en die lex Voconia*

Die *lex Furia testamentaria* (200-201vC) het verskeie maatreëls bevat ten einde die onekonomiese verdeling van boedels by wyse van oormatige legatering te verhoed. Die vernaamste was dat legate van meer as 'n duisend *asse* verbied is. Hierdie maatreël was onsuksesvol aangesien 'n onbeperkte aantal legate met 'n waarde minder as 'n duisend *asse* steeds bemaak kon word. Ingevolge die *lex Voconia* (169vC) kon 'n erflating nie kleiner as enige van die legate wees nie. Hierdie maatreël het ook gefaal aangesien 'n veeltal kleinerige legate steeds bemaak kon word selfs al was die grootste van dié legate inderdaad kleiner as die kleinste gedeelte van die betrokke erflating.<sup>113</sup>

### 2 3 2 2 *Die lex Falcidia*

Ten einde die gebrekkige sukses van die *lex Furia testamentaria* en die *lex Voconia* te besweer, het die *lex Falcidia* (40vC) testateurs verbied om oor meer as driekwart van hul boedels by wyse van legate te beskik. Testateurs is derhalwe verplig om die oorblywende kwart, die *quarta Falcidia*, aan 'n erfgenaam te laat toekom.<sup>114</sup> Hierdie kwart is bereken

---

<sup>113</sup>G. 2.225-6; G. 4.23; Kaser *Roman Private Law* 381; Van Zyl *History and Principles* 236 n 131.

<sup>114</sup>G. 2.227; D. 35.2.1; Kaser *Roman Private Law* 381; Van Zyl *History and Principles* 236-237.



op grond van die waarde van die boedel nadat skulde, begrafniskoste en die waarde van vrygelate slawe afgetrek is. Indien meer as driekwart van die boedel dan aan legatarisse toegeken is, is die legate na verhouding verminder en kon die erfgenaam weier om meer aan legatarisse te betaal as wat ingevolge bogenoemde berekening bepaal is. Indien 'n testateur meerdere erfgename ingestel het, is die betrokke driekwart op elkeen se afsonderlike erfdeel bereken en legate is in gepaste gevalle steeds dermate verminder sodat elke erfgenaam steeds 'n kwart van sy erfdeel kon behou.<sup>115</sup> Hierdie benadering het soortgelyke reëlins ten opsigte van die *legitim* ingevolge die *querela inofficiosi testamenti* fundeer.<sup>116</sup>

Justinianus het in sy *Novellae* die streng voorskrifte van die *lex Falcidia* getemper deur die bevoegdheid aan testateurs te verleen om hul erfgename die *quarta Falcidia* uitdruklik te ontnem. Justinianus het voorts voorsiening gemaak dat erfgename hul aanspraak op die *quarta Falcidia* sou verloor indien hulle van die *beneficium inventarii* ('n privilegie tot inventarisering van 'n boedel deur 'n erfgenaam in welke geval sy aanspreeklikheid vir boedelskulde tot die waarde van boedelbates beperk is) gebruik gemaak het.<sup>117</sup>

### 2 3 2 3      ***Die Senatusconsultum Trebellianum en Senatusconsultum Pegasianum***

Bogenoemde beginsels ten opsigte van die *quarta Falcidia* is ook deel van die reg met betrekking tot *fideicommissa* gemaak. Die *fideicommissum hereditatis* was in hierdie verband 'n besondere verskyningsvorm van die *fideicommissum* ingevolge waarvan die ingestelde erfgenaam die betrokke boedel hetsy in die geheel of gedeeltelik aan 'n derde moes oordra. Die erfgenaam het dus 'n rol soortgelyk aan dié van 'n *fiduciarius* gespeel terwyl die derde 'n *fideicommissarius* was.<sup>118</sup> Die *fideicommissum hereditatis* het verskeie nadele vir genoemde erfgenaam ingehou. Die vernaamste hiervan was dat hy dikwels slegs boedelbates aan die *fideicommissarius* moes oordra terwyl hy steeds self vir boedelskulde aanspreeklik

<sup>115</sup>*Inst.* 2.22.1; Van Warmelo *Inleiding* 241-242.

<sup>116</sup>Sien 2 3 1 3 omtrent die *querela inofficiosi testamenti*.

<sup>117</sup>*Nov.* 1; Van Warmelo *Inleiding* 242; Van Zyl *History and Principles* 237.

<sup>118</sup>Van Zyl *History and Principles* 241.



was.<sup>119</sup> Ten einde die erfgenaam onder 'n *fideicommissum hereditatis* tegemoet te kom, het die *Senatusconsultum Trebellianum* (56nC) bepaal dat die *fideicommissarius* persoonlik aanspreeklik was vir boedelskulde in verhouding met die boedelbates wat hy ontvang het. Die *fideicommissarius* het voorts die bevoegdheid ontvang om self boedelskuldenaars vir *pro rata* eise ten opsigte van sy gedeelte van die boedel aan te spreek.<sup>120</sup>

Die nadelige gevolge van die *fideicommissum hereditatis* het egter dikwels tot gevolg gehad dat die ingestelde erfgenaam steeds verkies het om te repudieer, die beskerming wat deur die *Senatusconsultum Trebellianum* verleen is ten spyt. Repudiasie en gevolglike intestate vererwing het egter die gevaar ingehou dat sodanige erfgenaam weinig of selfs niks van die boedel kon ontvang. Die *Senatusconsultum Pegasianum* (73nC) het derhalwe reëlings soortgelyk aan dié ingevolge die *lex Falcidia* ten opsigte van *fideicommissa* van krag gemaak. 'n Reg op 'n kwart van die boedel, die *quarta Pegasiana*, is naamlik ten gunste van die ingestelde erfgenaam voorbehou en hy was slegs verplig om driekwart van die boedel aan die *fideicommissarius* te betaal.<sup>121</sup> Justinianus het die *Senatusconsultum Pegasianum* afgeskaf maar die *Senatusconsultum Trebellianum* behou met inbegrip van die reëling dat 'n erfgenaam steeds in gepaste gevalle sy *quarta Falcidia* kon behou.<sup>122</sup> Sommige skrywers verwys bygevolg na dié kwart as die *quarta Trebelliana*.

## 2 3 2 4      *Die quarta Antonina of quarta Divi Pii*

Aangenome kinders wat ten tyde van aanneming nog nie puberteitsouderdom bereik het nie en later geëmansipeer is, is nie in die Romeinse reg as *sui heredes* of *liberi* gereken nie. Hierdie feit het uiteraard die posisie van sodanige kinders as (potensiële) erfgename benadeel.

---

<sup>119</sup>Van Zyl *History and Principles* 242; Van Warmelo *Inleiding* 244.

<sup>120</sup>G. 2.253; *Inst.* 2.23-24; Van Zyl *History and Principles* 242; Van Warmelo *Inleiding* 244.

<sup>121</sup>G. 2.259; *Inst.* 2.23.8; Van Zyl *History and Principles* 242; Van Warmelo *Inleiding* 244-245.

<sup>122</sup>*Inst.* 2.23.7; Van Zyl *History and Principles* 242-243; Van Warmelo *Inleiding* 245.



Antonius Pius het derhalwe bepaal dat so 'n aangenome kind wat minder as 'n kwart van die boedel van sy aannemende vader ontvang het, op sodanige kwart, die *quarta Antonina* of *quarta Divi Pii*, geregtig is.<sup>123</sup>

### 2 3 2 5 *Die quarta uxoriam of quarta viduae egentis*

Justinianus het in *Nov. 53.6* (537nC) en *Nov. 117.5* (542nC) maatreëls afgekondig ingevolge waarvan 'n weduwee wat haarself na haar welgestelde man se afsterwe in 'n posisie van materiële behoefte bevind het, 'n aanspraak op 'n gedeelte van sy nalatenskap kon verkry. Die weduwee het naamlik, mits sy tot die oorledene se dood geldiglik met hom getroud was en mits die oorledene tot drie kinders uit hul huwelik of 'n ander huwelik agtergelaat het, 'n kwart van die oorledene se vermoë, die *quarta uxoriam* of *quarta viduae egentis*, ontvang. Indien die oorledene meer as drie kinders agtergelaat het, het die weduwee hoofdeliks met hulle gedeeltes en derhalwe 'n kinsdeel ontvang. Die kinders uit die huwelik met die oorledene het eiendomsreg ten opsigte van dié kinsdeel geniet terwyl 'n vruggebruik ten gunste van die weduwee daarop gerus het. Indien geen kinders uit haar huwelik met die oorledene gebore is nie, het die weduwee volle eiendomsreg oor haar deel verkry. Die deel van die arm weduwee is met verloop van tyd tot 'n honderd pond goud beperk.<sup>124</sup>

Justinianus is kennelik deur sosio-ekonomiese oorwegings tot bogenoemde maatreëls genoep. Die grootskaalse ekonomiese agteruitgang wat die na-klassieke Romeinse era gekenmerk het, het naamlik staatsingryping met noodlenigingsmaatreëls in die lot van die verarmde massas genoodsaak. Volslae staatsosialisme en 'n welsynstaat was die uiteindelijke resultaat. Christelike, Hellenistiese en humanitêre invloede het in hierdie verband die keiser gemotiveer om uit mensliewendheid en genade maatreëls af te kondig wat onder andere die vermoënsregtelike beskerming van vroue na ontbinding van die huwelik bewerkstellig het.<sup>125</sup> *Nov. 53.6* en *Nov. 117.5* is tekenend van hierdie beleid.

<sup>123</sup>C. 8.47.10.3; *Inst.* 3.1.14; Kaser *Roman Private Law* 360; Sherman *Roman Private Law in the Modern World* 268-269.

<sup>124</sup>Dannenbring 1966 *THRHR* 7; Beinart 1965/66 *Acta Juridica* 288-289.

<sup>125</sup>Dannenbring 1966 *THRHR* 16-17; Beinart 1965/66 *Acta Juridica* 288; 292.



Die reëlins met betrekking tot die *quarta uxoria* toon kennelik heelwat ooreenkomste met dié ten opsigte van die *legitim* ingevolge die *querela inofficiosi testamenti*.<sup>126</sup> Heelwat verskille bestaan egter tog in hierdie verband. Die *legitim* was eerstens hoofsaaklik bestem vir erfgename wat verwante van 'n testateur was terwyl die *quarta uxoria* slegs die oorlewende gade (veral weduwee) toegekom het. Aanspraak op die *legitim* het tweedens aan 'n erfgenaam die reg op erfopvolging teen 'n testament verleen terwyl die weduwee se aanspraak op die *quarta uxoria* onafhanklik van die bestaan van 'n testament gestaan het. Die berekeningsbasis van die *legitim* was derdens die intestate erfdeel van die betrokke erfgenaam. Die berekeningsbasis van die *quarta uxoria* was daarenteen die totale vermoë van die oorledene. Toekenning van die *legitim* het vierdens onafhanklik van die betrokke erfgenaam se finansiële posisie gestaan terwyl die *quarta uxoria* slegs geëis kon word indien 'n weduwee inderdaad behoeftig was. 'n Testateur kon laastens 'n erfgenaam sy *legitim* ontnem mits een of meer van die gepaste statutêre gronde teenwoordig was. 'n Weduwee kon egter nie op soortgelyke wyse die *quarta uxoria* ontnem word nie.<sup>127</sup>

In die lig van hierdie verskille het die *quarta uxoria* nie in dieselfde mate as die *legitim* ter beperking van testeervryheid werking geniet nie. Sommige skrywers is daarom van mening dat die *quarta uxoria* eerder 'n buitengewone reg op intestate vererwing soortgelyk aan 'n statutêre legaat ten gunste van 'n weduwee daargestel het.<sup>128</sup> Ander gaan weer van die standpunt uit dat die *quarta uxoria* inderdaad 'n onderhoudsaanspraak daargestel het ingevolge waarvan 'n behoeftige weduwee van regsweë van onderhoud voorsien kon word.<sup>129</sup> Indien laasgenoemde standpunt as korrek aanvaar word, wil dit voorkom asof die *quarta uxoria*, in soverre dit wel in bepaalde gevalle 'n onderhoudsaanspraak op 'n gedeelte van 'n boedel teen die bepaling van 'n testament verleen het, tog in gepaste omstandighede ter beperking van testeervryheid funksioneer het.

---

<sup>126</sup>Sien 2 3 1 3 omtrent die *querela inofficiosi testamenti*.

<sup>127</sup>Dannenbring 1966 *THRHR* 10-11; Beinart 1965/66 *Acta Juridica* 290-291.

<sup>128</sup>Dannenbring 1966 *THRHR* 20.

<sup>129</sup>Beinart 1965/66 *Acta Juridica* 291; 294.



### 2 3 3 Die beperking van testeervryheid buite die sfeer van *exheredatio* en verwante gevalle

Ten einde die beperking van testeervryheid buite die sfeer van *exheredatio* en die verwante gevalle van die voorbehoud van die reg tot 'n gedeelte van boedels ten gunste van sekere persone te illustreer, word die onderhawige twee temas kortliks ondersoek.

#### 2 3 3 1 *Die Romeinsregtelike benadering tot wederregtelike testamentêre bepalinge en testamentêre bepalinge wat teen die goeie sedes is*

Die onderhawige onderwerp word moontlik ten beste geïllustreer deur die Romeinsregtelike benadering tot wederregtelike testamentêre voorwaardes en testamentêre voorwaardes wat teen die goeie sedes is. Die bespreking wat volg, fokus derhalwe by wyse van voorbeeld op die hantering van sodanige voorwaardes in die Romeinse reg.

Die Romeinsregtelike ontwikkelingsgeskiedenis ten opsigte van wederregtelike testamentêre voorwaardes en dié wat teen die goeie sedes is, is in onduidelikheid gehul. Die meeste tekste oor dié onderwerp kom uit die klassieke reg met weinig aanduiding van die benadering tot sodanige voorwaardes tydens die Koningstyd en Republiek.<sup>130</sup> Die gebrek aan tekste oor hierdie onderwerp uit die voor-klassieke tyd is egter nie verbasend nie aangesien voor- die-hand-liggende gevalle van wederregtelikheid of immoraliteit klaarblyklik nie besondere behandeling vereis het nie. Die enkele voorwaardes wat die juriste van die latere Republiek wel bespreek het, was juis gevalle waar die wederregtelikheid of immoraliteit van die betrokke voorwaardes nie onmiddellik opgeval het nie.<sup>131</sup>

Hoe dit ook al sy, in die klassieke Romeinse reg is wederregtelike voorwaardes of voorwaardes wat as *contra bonos mores* aangemerkt is, in die reël as nietig of ten minste

<sup>130</sup>Watson *Law of Succession in the later Roman Republic* 110.

<sup>131</sup>Watson *Law of Succession in the later Roman Republic* 111 n 3.



oneffektief gereken en gevolglik as *pro non scripto* beskou.<sup>132</sup> Die volgende tersaaklike voorskrif kom uit die Justiniaanse reg:<sup>133</sup>

"Conditions which are framed against edicts of the emperors or against statutes or provisions which have the force of statute or which are against sound morals or derisory or of the kind which the praetors have disapproved are treated as if they were not there, and the inheritance or legacy is taken just as if the condition had not been attached to the inheritance or legacy."

Romeinse testateurs het soms in hierdie verband gepoog om by wyse van voorskriftelike testamentêre voorwaardes die gedrag of optrede van begunstigdes te beheer. Voorwaardes wat op huweliksluiting betrekking het, is dikwels vir hierdie doel gebruik en kan derhalwe ter illustrasie beskou word.

'n Voorwaarde wat 'n algehele verbod op huweliksluiting beliggaam het, was sonder meer nietig.<sup>134</sup> Die rede vir hierdie benadering is tweeledig. Die Romeinse *boni mores* het enersyds huweliksluiting onderskraag en selibaatheid verwerp.<sup>135</sup> 'n Voorwaarde wat laasgenoemde ten koste van eersgenoemde beoog, het derhalwe nie met die regsgevoel van die gemeenskap gestrook nie. Sodanige voorwaarde het andersyds *fraus legis* tot gevolg gehad aangesien dit ingedruis het teen die voorskrifte van die *lex Iulia* (18vC).<sup>136</sup> *Fraus legis* het ook die benadering fundeer tot 'n voorwaarde wat huweliksluiting op 'n bepaalde plek verbied het. Sodanige voorwaarde was in die reël geldig maar is as ongeldig beskou indien dit as gevolg van die betrokke omstandighede eweneens die uitwerking van 'n algehele

---

<sup>132</sup>Kaser *Roman Private Law* 62; Van Zyl *History and Principles* 216 n 46; Buckland *Text-Book* 297.

<sup>133</sup>D. 28.7.14 (Watson se vertaling). Sien ook *Levy v Schwartz* 1948 4 SA 930 (W) 937.

<sup>134</sup>D. 28.7.14; D. 35.1.22; D. 35.1.64.1; D. 35.1.72.4-5; C. 6.40 *lex ult*; Buckland *Text-Book* 341; Roby *Roman Private Law* 317.

<sup>135</sup>*Ex parte Gitelson* 1949 2 SA 881 (O) 885.

<sup>136</sup>D. 35.1.64.1; Buckland *Text-Book* 341.



verbod gehad het. Die voorwaarde het dan ingedruis teen die voorskrifte van die *lex Papia* (9nC). Die *lex Iulia et Papia Poppaea* het juis verwekking van kinders in belang van die staat ten doel gehad.<sup>137</sup> 'n Algehele verbod op huweliksluiting was wel geldig indien dit deur 'n tydsbeperking vergesel is, byvoorbeeld 'n testateur wat 'n bemaking aan sy vrou onderhewig stel aan die voorwaarde dat sy slegs weer in die huwelik mag tree wanneer die kinders uit hul huwelik gebore puberteit bereik.<sup>138</sup>

'n Voorwaarde wat 'n gedeeltelike verbod op huweliksluiting beliggaam het, was in die reël geldig. 'n Testateur kon derhalwe enersyds 'n bemaking onderhewig stel aan die voorwaarde dat 'n begunstigde nie met sekere persone mag trou nie<sup>139</sup> of andersyds dat 'n begunstigde inderdaad met 'n spesifieke persoon moet trou.<sup>140</sup> 'n Tersaaklike uitsondering op hierdie algemene benadering tot 'n gedeeltelike verbod op huweliksluiting het klaarblyklik na kerstening van die Romeinse ryk ontwikkel. Sodanige verbod was naamlik ongeldig in soverre dit bekering tot die Christelike geloof verhoed het. Veral Joodse testateurs kon nie by wyse van 'n voorwaardelike bemaking 'n begunstigde tot gebondenheid aan of huweliksluiting binne die Joodse geloof verplig nie aangesien sodanige bepalings in die lig van die sosio-godsdiensige *mores* van die tyd as *in odio Christianae religionis* beskou en derhalwe met ongeldigheid getref is.<sup>141</sup>

Die Romeinse reg het duidelik testeervryheid beperk ten opsigte van testamentêre voorwaardes wat as skandelik, smadelik (*probosa*) of *contra bonos mores* aangemerkt is. Ten spyte van die feit dat sodanige voorwaardes in 'n testament voorgekom het, is hulle bloot geïgnoreer en het die begunstigde die testamentêre bevoordeling onbeswaard ontvang. Die Romeinse regsgevoel het die grondslag verskaf vir die nietigheid waarmee sodanige voorwaardes getref is.

---

<sup>137</sup>Roby *Roman Private Law* 318; *Aronson v Estate Hart* 1950 1 SA 539 (A) 564.

<sup>138</sup>D. 35.1.62.2.

<sup>139</sup>D. 35.1.63; Buckland *Text-Book* 341.

<sup>140</sup>Roby *Roman Private Law* 318.

<sup>141</sup>Joubert 1968 *SALJ* 403 en 419.



### 2 3 3 2 *Die Romeinsregtelike benadering tot familieskikkings en die ewigdurendheid van fideicommissa*

Romeinse testateurs het insgelyks gepoog om by wyse van voorskriftelike testamentêre bepalinge die benutting van bates te beheer. So het die versugting om as't ware vanuit die graf seggenskap ten aansien van die vererwing en die uiteindelijke bestemming van bates oor etlike generasies (selfs in ewigheid) te behou, onteenseglik onder Romeinse testateurs voorgekom. Verskeie redes word hiervoor aangevoer. 'n Gewilde standpunt in hierdie verband word fundeer op die oorweging dat Romeinse testateurs gepoog het om familiebate (veral grond) binne hul betrokke familie te hou deur dit langdurig in die hande van afstammelinge te plaas.<sup>142</sup> Sodanige familieskikkings kon ook diegene wat nie spesifiek deur 'n testateur bedag is nie (*incertae personae*) bevoordeel. *Postumi* is onder *incertae personae* gereken en 'n testateur kon derhalwe toekomstige geslagte deur middel van 'n *fideicommissum* bind.<sup>143</sup>

'n Tweede standpunt vind die rede vir gebruik van die ewigdurende *fideicommissum* in skikkings binne die *nomen*, met ander woorde testamentêre bemakings ten gunste van naamgenote. Sodanige skikkings het enersyds 'n onderhoudsfunksie ten opsigte van vrygelate slawe vervul en andersyds funksioneer ten einde die nagedagtenis van 'n testateur in ere te hou.<sup>144</sup> Dit is vermag deur skikkings binne die *nomen* te kombineer met begrafnisreëlins ingevolge waarvan vrygelate slawe oor 'n tydperk van baie generasies na die graf van 'n testateur moes omsien.<sup>145</sup>

Die toegif ten gunste van testeervryheid deur die ewigdurende *fideicommissum* toe te laat, het egter ooglopende ekonomiese gevare ingehou. Nicholas verduidelik soos volg:<sup>146</sup>

---

<sup>142</sup>Buckland *Text-Book* 361; Nicholas *Introduction* 268.

<sup>143</sup>Johnston *Roman Law of Trusts* 79.

<sup>144</sup>Johnston *Roman Law of Trusts* 95-96.

<sup>145</sup>Johnston *Roman Law of Trusts* 106-107.

<sup>146</sup>*Introduction* 268.



"The satisfaction of a man's natural desire to ensure that his property will serve certain purposes even after his death entails the disadvantage to his successors and to society as a whole that the adventuring of capital is thereby restricted."

Moontlik om hierdie rede het Hadrianus *fideicommissa* ten gunste van *incertae personae* verbied.<sup>147</sup> Testateurs het hulle dien ten gevolge verlaat op testamentêre bepalings wat die vervreemding van bates aan persone buite 'n bepaalde familie verbied het. Sodanige vervreemdingsverbod het egter nie ewigdurende *fideicommissa* in die hand gewerk nie aangesien sodanige skikkings tot familieleden in lewe by die testateur se dood en die eerste geslag ongeborenes beperk is.<sup>148</sup>

Justinianus het die verbod op *fideicommissa* ten gunste van *incertae personae* afgeskaf met die klaarblyklike doel om testamentêre bemakings ten gunste van liefdadigheidsorganisasies aan te moedig.<sup>149</sup> Hierdie afskaffing het egter die deur vir volkome testeervryheid ten opsigte van ewigdurende *fideicommissa* heropen. Klaarblyklik as gevolg van 'n geskil wat omtrent sodanige *fideicommissum* in die testament van ene Herius ontstaan het, het Justinianus dit in 555nC gerade geag om die opvolging van *fideicommissarii* tot nie meer as vier geslagte nie te beperk.<sup>150</sup> Ekonomiese oorwegings het ongetwyfeld hierdie beperking fundeer. Die Romeinse samelewing is naamlik in die tyd van Justinianus deur sosiale stagnasie gekenmerk. Administratiewe druk om grond uit historiese gebondenheid te bevry, was derhalwe gering. Die vrees dat sosiale stagnasie ook tot groter ekonomiese agteruitgang sou lei, het Justinianus egter genoop om die onderhawige beperking daar te stel. Johnston stel dit soos volg:<sup>151</sup>

"It seems most likely, to judge from the words the Novel uses, that Justinian

<sup>147</sup>G. 2.287; Buckland *Text-Book* 362; Nicholas *Introduction* 268.

<sup>148</sup>D. 31.32.6; Buckland *Text-Book* 363; Nicholas *Introduction* 268.

<sup>149</sup>C. 6.48.1; Buckland *Text-Book* 363; Nicholas *Introduction* 268-269.

<sup>150</sup>Nov. 159; Buckland *Text-Book* 364; Nicholas *Introduction* 269.

<sup>151</sup>*Roman Law of Trusts* 116.



was unsympathetic towards claims based on legal relations established long before; short memories yet long legal effects could together lead to uncertainty of commerce."

## 2 4 BEOORDELING

Drie faktore het by uitstek Romeinsregtelike ontwikkeling op die gebied van testeervryheid fundeer.

Die (latere) Romeinse sosio-politieke bestel is eerstens op die lees van individualistiese liberalisme geskoei. Selfstandigheid van die individu is derhalwe as belangrike waarde gekoester. Dit het enersyds tot gevolg gehad dat individuele aansprake geredelik as regtens beskermingswaardig geag is. Romeinsregtelike erkenning van private eiendomsreg is 'n goeie voorbeeld in hierdie verband - veral die tanenende invloed van die tradisionele *familia* het die erkenning van individuele in plaas van kollektiewe aansprake op eiendom in die hand gewerk. Die selfstandigheid van die individu het andersyds in die geredelike erkenning van individuele vryheid beslag gekry - die individu moes vry wees om sy sake na gelang van sy besondere omstandighede ten beste te skik. Hierdie vryheid het ook gegeld ten opsigte van eiendomsoordrag by wyse van testamentêre beskikking oor bates waaroor private eiendomsreg uitgeoefen is. Private eiendomsreg asook private erfopvolging en gevolglike testeervryheid was derhalwe vanselfsprekende uitvloeisels van die Romeinse demokratiese samelewingsmodel.

Ekonomiese oorwegings het tweedens ontwikkeling ten opsigte van testeervryheid in die hand gewerk. Ekonomiese opbloei het die agrariese Romeinse landbougemeenskap mettertyd in 'n welvarende kosmopolitiese samelewing omskep. Tradisionele vererwing binne familieverband het onprakties geword ten einde doeltreffend oor nuwe rykdom binne 'n gesofistikeerde samelewing te beskik. Vrye testamentêre beskikking buite tradisionele familiegrene was daarom 'n natuurlike produk van ekonomiese vooruitgang. Romeinsregtelike ontwikkeling ten opsigte van *heredis institutio* en *exheredatio* bied 'n goeie illustrasie van die onderhawige tendens.



Die regsgevoel van die gemeenskap as barometer van die Romeinse volksgeaardheid het derdens ontwikkeling ten opsigte van testeervryheid beïnvloed. Die sosio-juridiese waarde van dié vryheid het veroorsaak dat die *boni mores* dit onderskraag het. Die aandrang op testerbevoegdheid aan die kant van testateurs, die aandrang op vrye en onbelemmerde testerhandelinge, die reël wat delegasie van testerbevoegdheid verbied, die aandrang op die nakoming van testamentêre verlydingsformaliteite as waarborg van die egtheid van testateurs se wilsverklarings en die gevolglike bekamping van bedrog, die afkeer van kontraktuele erfopvolging, die erkenning van die veranderlikheid en herroeplikheid van testamente sowel as die dikwels liberale reëls en beginsels ter interpretasie *favor testamenti* is tekenend van die onderskraging wat in hierdie verband aan testeervryheid verleen is.

Laasgenoemde twee faktore het ook 'n belangrike rol ten opsigte van die beperking van testeervryheid in die Romeinse reg gespeel.

Daar is vanuit 'n sosio-juridiese perspektief geoordeel dat onbelemmerde vryheid tot onderwing sosiaal afkeurenswaardig is aangesien dit *pietas*, *fides* en *humanitas* in gedrang bring. Die Romeinse *boni mores* het in hierdie verband vereis dat veral nabye verwante teen algehele onderwing of die toewysing van 'n geringe erfdeel beskerm moet word. Vererwing *iure civili* in geval van *praeteritio* van 'n testateur se *sui heredes*, *bonorum possessio contra tabulas* en die *querela inofficiosi testamenti* is as maatreëls ter beperking van *exheredatio* tekenend van Romeinse bereidwilligheid om individuele vryheid ter handhawing van die sosiale bestel te beperk. Dieselfde oorweging is te bespeur in die Romeinsregtelike benadering tot wederregtelike testamentêre bepalings en bepalings wat teen die goeie sedes is: verskeie testamentêre voorwaardes wat byvoorbeeld voorskriftelik ten aansien van huweliksluiting was, is geredelik as *pro non scripto* gereken omdat dit ingedruis het teen die heersende *mores* wat sosiaal gewenste huweliksluiting bo selibaatheid begunstig het, andersins *fraus legis* tot gevolg gehad het of in die latere reg in bepaalde gevalle as *in odio Christianae religionis* beskou is.

Die voorbehoud van die reg tot 'n gedeelte van boedels ten gunste van sekere persone is daarenteen hoofsaaklik aan die hand van ekonomiese oorwegings regverdig. Die *lex Furia testamentaria*, die *lex Voconia* en die *lex Falcidia* was in hierdie verband veral teen die



onekonomiese verdeling van groot boedels deur oormatige legatering gemik. Die *Senatusconsulta Trebellianum* en *Pegasianum* het weer verligting van die vermoënsregtelike las van erfgename ten doel gehad. In bepaalde gevalle het die gereserveerde gedeelte selfs 'n onderhoudsfunksie vervul, soos in geval van die *quarta uxoria*. Justinianus se beperking van *fideicommissa* tot vier geslagte was ook byna uitsluitlik daarop gemik om die negatiewe ekonomiese gevolge van ewigdurendheid te bekamp.

In bepaalde gevalle vul meerdere van bogenoemde faktore mekaar aan ter verklaring van 'n tersaaklike instelling. Die aanspraak van die *liberi* ingevolge die *querela inofficiosi testamenti* is byvoorbeeld nie alleen op grond van sosiale oorwegings te verantwoord nie maar het onteenseglik ook 'n ekonomiese rol gespeel deur 'n onderhoudsfunksie te vervul. Ondanks die moontlikheid om bogenoemde faktore afsonderlik te identifiseer, het hulle derhalwe dikwels onderling in noue samehang funksioneer.

- - - - \*

## HOOFSTUK 3

### DIE ROMEINS-HOLLANDSE REG

#### 3 1 INLEIDING

Die val van die Wes-Romeinse ryk voor die Germane in 476nC het tot gevolg gehad dat Romeinse reg grotendeels deur Germaanse reg verdring is. Romeinse reg het nietemin nie heeltemal verdwyn nie. Die aanvanklike oorlewing van Romeinse reg is toe te skryf aan die feit dat Germaanse wetgewers in navolging van die personaliteitsbeginsel genoop was om Romeinsregtelike reëls ten behoeve van voormalige Romeinse burgers te kodifiseer.<sup>1</sup> Die Germane kon voorts nie die versoeking weerstaan om enkele van dié reëls in die Germaanse reg te assimileer nie - die sofistikasie van die Romeinse regstelsel het ongetwyfeld opgeval.<sup>2</sup> Hierdie lukrake oorname van regsreëls is sedert veral die twaalfde eeu gevolg deur 'n meer wetenskaplike benadering tot die bestudering van Romeinse reg ten einde 'n model ter bereiking van 'n gesistematiseerde gemene reg daar te stel. Die behoefte aan sodanige wetenskaplike beskouing van Romeinse reg was hoofsaaklik die gevolg van 'n opbloeï in handel en ekonomiese aktiwiteit tydens die na-feodale tydperk. Die toename in handelsbedrywigheide het naamlik 'n stel universele regsreëls genoodsaak in teenstelling met die gefragmenteerde regstelsels wat 'n nalatenskap van die feodale era was - vandaar die soeke na 'n model ter sistematisering van sodanige gemene reg.<sup>3</sup> Hierdie herlewing van Romeinse reg is sedert die vyftiende eeu gevolg deur resepsie *in complexu*, met ander woorde resepsie van Romeinse reg as 'n volledige stelsel van positiewe reg.<sup>4</sup> Die ontwikkelingstappe van oorlewing, herlewing en resepsie van Romeinse reg is ook in die Nederlandse regsgeskiedenis te bespeur. In die provinsies Friesland, Zeeland en Holland het Romeinse

---

<sup>1</sup>Edwards *History of South African Law* 14.

<sup>2</sup>Edwards *History of South African Law* 33.

<sup>3</sup>Edwards *History of South African Law* 16 en 34; Wessels *History of the Roman-Dutch Law* 112; 125.

<sup>4</sup>Edwards *History of South African Law* 35.



reg saam met bestaande Germaanse gewoontereg naamlik die regstelsel fundeer.<sup>5</sup> Van Nederland het dit na Suid-Afrika gekom waar dit vandag as Romeins-Hollandse reg een van die hoekstene van ons gemene reg vorm.

Die vroeë Germaanse stamme was soos menige primitiewe volkere op familiegrondslag georganiseer. Private eiendomsreg was aanvanklik nie ter sake nie en die familievermoë het by afsterwe van die familiehoof in mede-eiendom binne die betrokke familie gebly.<sup>6</sup> Testamentêre erfopvolging was derhalwe aan die vroeë Germane onbekend.<sup>7</sup> Private eiendomsreg het eers tydens die Frankies-Germaanse tydperk (400-800nC) by die Germaanse volkere inslag gevind. Die versterfreg is dientengevolge ontwikkel om vir intestate erfopvolging voorsiening te maak.<sup>8</sup> Primitiewe metodes is egter vroeg reeds bedink om die reëls van intestate erfopvolging te omseil. Die vernaamste hiervan was enersyds aanneming en ooreenkomste wat by afsterwe in werking getree het en andersyds *affatomie* soos in die *Lex Salica* (uit die vyfde eeu) beskryf.<sup>9</sup> Laasgenoemde instelling het soos die Romeinse *testamentum per aes et libram* 'n simboliese handeling behels ingevolge waarvan een persoon bates aan 'n ander (die *Treuhänder* of *Saalman*) oorgedra het met 'n opdrag omtrent die verdeling van dié bates deur laasgenoemde na eersgenoemde se dood.<sup>10</sup> Die Christelike kerk se pogings om tydens hierdie tydperk die testament as uiterste wilsverklaring in Noord-Frankryk, Nederland en Wes-Duitsland in te voer, het egter in hoë mate misluk. Die testament het eers in die twaalfde eeu sy ingang in die Germaanse lande noord van die Alpe

---

<sup>5</sup>Edwards *History of South African Law* 36-44; Wessels *History of the Roman-Dutch Law* 127.

<sup>6</sup>Wessels *History of the Roman-Dutch Law* 483; De Waal in Visser *Essays on the History of Law* 309.

<sup>7</sup>Wessels *History of the Roman-Dutch Law* 511; De Blécourt *Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 352; Joubert 1961 *THRHR* 27.

<sup>8</sup>Wessels *History of the Roman-Dutch Law* 483-484; Joubert 1961 *THRHR* 27; De Waal in Visser *Essays on the History of Law* 308-309.

<sup>9</sup>De Waal in Visser *Essays on the History of Law* 310.

<sup>10</sup>De Waal in Visser *Essays on the History of Law* 310; Olivier *Trustreg en Praktyk* 7-9.



gemaak.<sup>11</sup> Testamentêre beskikking is aanvanklik wesenlik deur die Kanonieke reg (wat Romeinsregtelik fundeer was) beïnvloed en is veral tot bemakings aan die kerk beperk.<sup>12</sup> In die dertiende en veertiende eeue het die invloed van die Kanonieke reg getaan en testamentêre beskikking het meer vrylik ooreenkomstig sekulêr-juridiese vormvoorskrifte plaasgevind.<sup>13</sup> Vanaf die vyftiende eeu het resepsie van Romeinse testate erfreg ook in Nederland plaasgevind. Lee verklaar in hierdie verband:<sup>14</sup>

"No department of Roman-Dutch Law is more thoroughly penetrated by the Roman tradition than that of testamentary succession. The institution was unknown to early Germanic Law. The whole law of testaments, therefore, is derived from foreign, namely from Roman, sources, and principally through the channel of the Canon Law."

Testeervryheid is soos hierbo getoon as grondbeginsel van die Romeinse testate erfreg in die Romeins-Hollandse reg aanvaar. Die ondersoek in hierdie hoofstuk na hierdie beginsel word ingelei deur 'n kort beskouing van die benadering tot testeervryheid in die Romeins-Hollandse reg. Vervolgens word soos in die vorige hoofstuk op testeerbevoegdheid, die aandrang op 'n vrye en onbelemmerde testeerhandeling, die delegasie van testeerbevoegdheid, testamentêre verlydingsformaliteite, kontraktuele erfopvolging, die veranderlikheid en herroeplikheid van testamente sowel as interpretasie van testamente gelet ten einde die verband tussen testeervryheid en enkele ander elemente van die Romeins-Hollandse testate erfreg te ondersoek en die onderskraging te illustreer wat hierdie elemente aan testeervryheid verleen het. Ter illustrasie van die benadering tot die beperking van testeervryheid in die Romeins-Hollandse reg word, ten einde na behore 'n geheelbeeld te verkry, eerstens gelet op die rol in die Romeins-Hollandse reg van enkele Romeinsregtelike instellings wat in laasgenoemde regstelsel 'n rol ten opsigte van die beperking van testeervryheid gespeel het. *Heredis*

---

<sup>11</sup>De Blécourt *Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 352; Joubert 1961 *THRHR* 28.

<sup>12</sup>De Blécourt *Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 352; De Waal in Visser *Essays on the History of Law* 311.

<sup>13</sup>De Waal in Visser *Essays on the History of Law* 312.

<sup>14</sup>*Introduction* 352.



*institutio* en *exheredatio*, die *portio legitima* of *legitim*, die *quarta Falcidia*, die *quarta Trebelliana* en die *quarta uxoria* word in hierdie verband onder die loep geneem. In aansluiting by die vorige hoofstuk word die regsposisie ten opsigte van wederregtelike testamentêre bepalings en testamentêre bepalings wat teen die goeie sedes is asook familieskikkings en die ewigdurende *fideicommissum* daarna ondersoek.

## 3 2 TESTEERVRYHEID IN DIE ROMEINS-HOLLANDSE REG

### 3 2 1 Die benadering tot testeervryheid in die Romeins-Hollandse reg

Testeervryheid het aanvanklik slegs in beperkte mate in die Romeins-Hollandse reg tot uiting gekom. Selfs voor die resepsie het sekere instellings testateurs se bevoegdheid beperk om vrylik oor hul bates te beskik.<sup>15</sup> Ingevolge die reg van *réserve* (*la réserve coutumière*) is 'n gedeelte van 'n erflater se onroerende bates byvoorbeeld ten gunste van sy verwante gereserveer en daar kon nie oor sodanige bates by wyse van huweliksvoorwaardekontrak, skenking *inter vivos* of testament beskik word nie.<sup>16</sup> Die instelling van *uitboedeling*, *afkoop* of *uitkoop* het weer werking geniet ten einde dogters 'n erfdeel te ontsê om sodoende die onroerende familie Bates binne die *mansstam* te hou.<sup>17</sup> In sommige dele van Nederland is testateurs se beskikkingsbevoegdheid voorts tot roerende bates beperk. In Gelderland en te Roermond was slegs sodanige onroerende bates wat 'n testateur deur sy eie ywer en inspanning bekom het byvoorbeeld vir testamentêre beskikking vatbaar. Grond wat 'n testateur by wyse van erflating verkry het, is daarenteen sonder meer aan intestate erfgename toegewys. Hierdie reëlins het te Roermond gegeld selfs tot en met die agtiende eeu.<sup>18</sup> Die tanende invloed van die familie-eenheid, die stelselmatige verval van die feodale stelsel en 'n groeiende gevoel van individualisme in Wes-Europa was egter met verloop van tyd

---

<sup>15</sup>De Waal in Visser *Essays on the History of Law* 313.

<sup>16</sup>De Blécourt *Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 100.

<sup>17</sup>De Blécourt *Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 373.

<sup>18</sup>Wessels *History of the Roman-Dutch Law* 513.



verantwoordelik vir 'n groter aandrang op vrye testamentêre beskikking.<sup>19</sup> Die erkenning van private erfopvolging het veroorsaak dat testeervryheid as grondbeginsel van die testate erfreg aanvaar is.<sup>20</sup> Hierdie feit blyk duidelik uit die volgende *dictum* van appèlregter Van den Heever in *Bydawell v Chapman*:<sup>21</sup>

"Roman-Dutch law recognises as a matter of public interest, transcending the private interests of beneficiaries under a will, that effect should be given to the wishes of a testator, *D* 29.3.5. or, as *Voet* states the proposition, 35.1.12. the 'interests' of the testator and the public interest demand that effect should be given to a testator's last wishes."

Testeervryheid was egter nie absoluut of onbelemmerd nie. Die behoefte aan die beperking van testeervryheid het inderdaad bestaan ten einde die onoordeelkundige uitoefening en misbruik van dié vryheid te verhoed. In navolging van die Romeinse reg het die Romeins-Hollandse reg derhalwe verskeie instellings geken aan die hand waarvan testeervryheid beperk is. Die regsgevoel van die gemeenskap en ekonomiese oorwegings het eweneens hierdie beperkings fundeer.<sup>22</sup>

### 3 2 2 Die onderlinge verband tussen testeervryheid en enkele ander elemente van die Romeins-Hollandse testate erfreg

In hierdie gedeelte word die Romeins-Hollandse reg se benadering tot testeervryheid in perspektief geplaas deur dit soos in die vorige hoofstuk in verband te bring met enkele ander elemente van die Romeins-Hollandse testate erfreg. Hierdie elemente het in die Romeins-Hollandse reg op soortgelyke wyse as in die Romeinse reg 'n beskermingsfunksie ten opsigte van testeervryheid vervul. Die volgende elemente word ondersoek:

<sup>19</sup>Joubert 1961 *THRHR* 25; Wessels *History of the Roman-Dutch Law* 515.

<sup>20</sup>Joubert 1961 *THRHR* 38.

<sup>21</sup>1953 3 SA 514 (A) 521E-F.

<sup>22</sup>Du Toit 1999 *Stell LR* 232.



- (a) testeerbevoegdheid;
- (b) die vrye en onbelemmerde aard van die testeerhandeling;
- (c) die delegasie van testeerbevoegdheid;
- (d) eksterne formalisme soos vergestalt in testamentêre verlydingsformaliteite;
- (e) kontraktuele erfopvolging;
- (f) die veranderlikheid en herroeplikheid van testamente; en
- (g) interne formalisme soos vergestalt in die interpretasie van testamente.

'n Omvattende ontleding van hierdie elemente val buite die bestek van hierdie werk. Die onderhawige ondersoek word derhalwe beperk tot die relevansie van genoemde elemente vir die benadering tot testeervryheid in die Romeins-Hollandse reg.

### 3 2 2 1 *Testeerbevoegdheid*

Die Romeins-Hollandse reg se benadering tot die onderhawige onderwerp is grootliks op Romeinsregtelike lees geskoei.<sup>23</sup> Testeerbevoegdheid aan die kant van die testateur (*testamenti factio activa*) was naamlik 'n absolute vereiste alvorens sy testeervryheid in 'n geldige testament uitdrukking kon vind. Die uitgangspunt in hierdie verband was dat elkeen wat oor die verstandelike vermoë en sintuie beskik om sy wense te kenne te gee, bevoeg was om 'n testament te verly.<sup>24</sup> Geen onderskeid is tussen manlike en vroulike testateurs getref nie.

In navolging van die Romeinse reg het die Romeins-Hollandse reg verskeie kategorieë persone geïdentifiseer wat as testeeronbevoeg gereken is. Heelwat onbevoegdheidsgevalle het soos in die Romeinse reg verband gehou met die werklike of gewaande verstandelike onvermoë van die betrokke persone om die aard en uitwerking van hul handeling te begryp. *Impuberes* is byvoorbeeld op grond van hul onvolwassenheid en gevolglike gebrekkige verstandelike oordeel as onbevoeg beskou om 'n testament te verly.<sup>25</sup> Persone wat

---

<sup>23</sup>Sien 2 2 3 1 vir die Romeinsregtelike posisie.

<sup>24</sup>Voet *Commentarius* 28.1.31.

<sup>25</sup>De Groot *Inleidinge* 2.15.3; Voet *Commentarius* 28.1.31.

verstandelik onbekwaam was om die aard en uitwerking van hul handelinge te begryp, het eweneens nie oor testeerbevoegdheid beskik nie. Sodanige onbekwaamheid kon die gevolg wees van onder andere kranksinnigheid,<sup>26</sup> dronkenskap,<sup>27</sup> ouderdom of siekte.<sup>28</sup> Verklaarde verkwisters kon in die reël nie 'n testament verly nie maar 'n toegewing is wel gemaak indien die betrokke testament geen verkwistende neigings openbaar het nie.<sup>29</sup> Die testeerbevoegdheid van doofstommes is volgens sommige skrywers beperk tot gevalle waar die betrokke persoon inderdaad kon skryf.<sup>30</sup>

Die beskermingsfunksie wat die aandrang op testeerbevoegdheid in die Romeinse reg ten opsigte van testeervryheid vervul het, is klaarblyklik ook in die Romeins-Hollandse reg erken. Die kategorieë persone wat as testeeronbevoeg gereken is, moes kennelik teen die onverantwoordelike en onoordeelkundige uitoefening van hul testeervryheid beskerm word en moes derhalwe hul bevoegdheid tot die testeerhandeling inboet.

### 3 2 2 2 *Die vrye en onbelemmerde aard van die testeerhandeling*

Die Romeins-Hollandse reg het in navolging van die Romeinse reg vereis dat die testeerhandeling uit 'n vrye en onbelemmerde wilsverklaring moes bestaan.<sup>31</sup> Enige aantasting van 'n testateur se vrye wilsverklaring tydens die verlyding van sy testament het derhalwe die ongeldigheid van die betrokke testament tot gevolg gehad.<sup>32</sup> Die faktore wat gewoonlik in verband met sodanige aantasting ter sprake gekom het, was *dolus*, *metus*, dwaling en onbehoorlike beïnvloeding.

---

<sup>26</sup>De Groot *Inleidinge* 2.15.4; Voet *Commentarius* 28.1.34.

<sup>27</sup>Voet *Commentarius* 28.1.35.

<sup>28</sup>Voet *Commentarius* 28.1.36.

<sup>29</sup>Voet *Commentarius* 28.1.34; *Ex parte F* 1914 WPA 27 30.

<sup>30</sup>Voet *Commentarius* 28.1.36.

<sup>31</sup>Sien 2 2 3 2 vir die Romeinsregtelike posisie.

<sup>32</sup>Voet *Commentarius* 29.6.1.



Die persoon wat 'n testateur enersyds verhinder het om 'n testament te maak of 'n testateur andersyds tot testamentêre bemaking gedwing het, het alle testamentêre bevoordeling verbeur en was voorts teenoor ander (potensiële) begunstigdes vir skadevergoeding aanspreeklik.<sup>33</sup> Die Justiniaanse tekste waarop in hierdie verband gesteun is, dui daarop dat die gedrag aan die kant van gemelde persoon die vorm van hetsy *dolus* of *metus* kon aanneem.

Wesenlike dwaling aan die kant van 'n testateur sluit *animus testandi* uit en het derhalwe in die Romeins-Hollandse reg tot ongeldigheid van die betrokke testament aanleiding gegee aangesien 'n ware en oorwoë bedoeling om 'n testament te maak, afwesig is.<sup>34</sup> Dwaling ten opsigte van beweegrede is egter geredelik as regtens irrelevant aangemerkt (met ander woorde 'n *falsa causa*) en het derhalwe in die reël nie ongeldigheid van 'n testament veroorsaak nie aangesien *animus testandi* nie deur sodanige dwaling in gedrang kom nie.<sup>35</sup> Laasgenoemde reël word deur 'n tweeledige kwalifikasie van Voet toegelig. Enersyds verklaar hy:<sup>36</sup>

"[I]f an heir can show that the testator would not have given a legacy if he had known that the cause was false, he can by an exception of fraud debar the legatee when he sues."

Andersyds merk hy op:<sup>37</sup>

"[I]f a testator was deceived by a false report into believing that the heir mentioned by him in an earlier testament was dead, and had named another in a later will as his heir, expressly stating that he did this because he was unable to have the person instituted in the earlier testament for his heir, it was held that the inheritance belonged to him who had been appointed in the earlier

---

<sup>33</sup>Voet *Commentarius* 29.6.1; De Blécourt *Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 255.

<sup>34</sup>De Blécourt *Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 355.

<sup>35</sup>De Groot *Inleidinge* 2.23.7; Voet *Commentarius* 35.1.9.

<sup>36</sup>*Commentarius* 35.1.9 (Gane se vertaling).

<sup>37</sup>*Commentarius* 35.1.10 (Gane se vertaling).



will."

Corbett *et al* is van mening dat die eerste passasie hierbo gesag verskaf vir die stelling dat 'n bemaking inderdaad as gevolg van 'n *falsa causa* kon faal indien die testateur bedoel het dat die betrokke bemaking slegs effektief sal wees indien die *causa* inderdaad nie vals is nie. Regverdiging vir die standpunt in die tweede passasie vervat, is volgens Corbett *et al* te vind in die oorweging dat die testateur die herroeping van die eerste testament deur die tweede as effektief bedag het slegs indien die eerste as gevolg van die genoemde erfgenaam se dood nie werking kon geniet nie.<sup>38</sup>

Onbehoorlike beïnvloeding het voorts 'n vrye en onbelemmerde testeerhandeling in gedrang gebring.<sup>39</sup> 'n Deurtastende ondersoek na die benadering ten opsigte van onbehoorlike beïnvloeding in die Romeins-Hollandse reg word in *Spies v Smith* aangetref.<sup>40</sup> Appèlregter Steyn wys daarop dat die ou skrywers benewens *dolus*, *fraus*, *vis* en *metus* ook verwys na "aanhoudende, lastige, onbeteuelde en snedige aandrang en opvordering, onmatige oorredings, lastige, dringende, onophoudelike, dikwels herhaalde en ingehamerde bedes en aandrywings of harde woorde, onmatige bedes en lastige opvorderings" waardeur 'n testateur beweeg word tot testamentêre bemakings wat hy nie noodwendig gewil het nie. Die druk wat deur sulke middele en ander *artes captatoriae* op 'n testateur uitgeoefen word, is sonder meer met dwang en afpersing gelyk gestel en het geredelik ter sprake gekom ten opsigte van testateurs wat ernstig siek of sterwend was of wie se weerstand om die beïnvloeding te weerstaan andersins benede die normale peil was. Die ongeldigheid van testamentêre bevoordeling wat uit die aanwending van sulke middele voortgevloei het, is gevind in 'n wilsgebrek by die erflater wat tot gevolg gehad het dat sy testament nie deur 'n vrye wilsverklaring tot stand gekom het nie maar eerder die gevolg was van 'n wilsonderskuiwing

---

<sup>38</sup>*Law of Succession* 84-85.

<sup>39</sup>Die term "onbehoorlike beïnvloeding" was aan die Romeinse reg en Romeins-Hollandse reg onbekend maar het onder Engelsregtelike invloed in die Suid-Afrikaanse testate erf-reg inslag gevind.

<sup>40</sup>1957 1 SA 539 (A).



wat meegebring het dat die testateur se wense deur dié van die beïnvloeder vervang is.<sup>41</sup>

Die beskermingsfunksie wat die aandrang op 'n vrye en onbelemmerde testeerhandeling in die Romeins-Hollandse reg ten opsigte van testeervryheid vervul het, is soos in die Romeinse reg geleë in die oorweging dat 'n testament die ware en oorwoë wense van 'n testateur moet beliggaam ten einde testeervryheid tot sy reg te laat kom. Enige bedrieglike, gedwonge of onbehoorlike vervanging van 'n testateur se wense deur dié van 'n ander of die afwesigheid van *animus testandi* bring hierdie beginsel in gedrang. Die Romeins-Hollandse testate erfreg het derhalwe tereg vereis dat testamente wat onder sodanige gebreke gebuk gaan, met ongeldigheid getref word.

### 3 2 2 3 *Die delegasie van testeerbevoegdheid*

Die Romeins-Hollandse reg het soos die Romeinse reg die beginsel geken dat 'n testateur sy testeerbevoegdheid self moet uitoefen en dit nie aan 'n ander kan deleger om dit namens hom te doen nie.<sup>42</sup> 'n Testamentêre bemaking waarvan die toekenning van die diskresie van 'n derde afhanklik was, was derhalwe ongeldig.<sup>43</sup> 'n Testamentêre bemaking waarvan die toekenning op indirekte wyse van die medewerking van 'n derde afhanklik was deurdat sodanige medewerking in 'n voorwaardelike bemaking geïnkorporeer is, was egter heeltemal geldig.<sup>44</sup>

Enkele uitsonderings het wel voorgekom op die reël wat die delegasie van testeerbevoegdheid verbied het. Justinianus se bevoordeling van armes het enersyds gedurende die Middeleeue voortbestaan. In Nederland het kerkmeesters of ander instellings wat liefdadigheidswerk onder armes gedoen het vanaf die sewentiende eeu beheer oor bemakings met 'n liefdadigheidsoogmerk (*piae causae*) uitgeoefen en oor die bevoegdheid beskik om op

---

<sup>41</sup>1957 1 SA 539 (A) 545H-547C.

<sup>42</sup>Sien 2 2 3 3 vir die Romeinsregtelike posisie.

<sup>43</sup>Voet *Commentarius* 28.5.29; 30.1.36.

<sup>44</sup>Voet *Commentarius* 28.5.29; 30.1.36; *Pritchard's Trustee v Estate Pritchard* 1912 AA 87 94.



diskresionêre wyse hulpbehoewende bevoorreedes aan te wys ten opsigte van bates wat deur sodanige bemakings bekom is.<sup>45</sup> 'n Testateur kon andersyds soos in die Romeinse reg 'n bemakingsbevoegdheid aan 'n *fiduciarius* verleen om *fidecommissarii* aan te wys. Sodanige aanwysing het geredelik geskied uit 'n groep persone wat vooraf deur die testateur bepaal is.<sup>46</sup>

Die reël wat die delegasie van testeerbevoegdheid verbied het, het in die Romeins-Hollandse reg ter beskerming van testeevryheid funksioneer ten einde te verseker dat testeerbevoegdheid inderdaad deur die betrokke testateur uitgeoefen word. Die Romeins-Hollandse reg het soos die Romeinse reg derhalwe begrip getoon vir die oorweging dat testeerbevoegdheid en dus ook testeevryheid in gedrang kom indien testamentêre bemakings geredelik van die diskresie van derdes afhanklik is. Die twee uitsonderings op die onderhawige reël illustreer egter die feit dat die Romeins-Hollandse reg nie onverbiddelik gestaan het teenoor beleids- en praktiese oorwegings wat 'n effektiewe verdeling van bates in die hand gewerk het nie, al het dit beteken dat noodgedwonge afgewyk moes word van die algemene benadering tot testeerbevoegdheid en -vryheid hierbo uiteengesit.

### 3 2 2 4 *Eksterne formalisme: testamentêre verlydingsformaliteite*

Die verskeie Romeinse testamentsvorme is nie sonder meer in die Romeins-Hollandse reg oorgeneem nie.<sup>47</sup> Inheemse testamentsvorme met eiesoortige verlydingsformaliteite was kennelik gewilder as hul Romeinse eweknieë.<sup>48</sup> Twee sodanige testamentsvorme is geredelik gebruik, naamlik enersyds dié verly voor twee plaaslike magistrate (*schepenen*) en die sekretaris van die hof (*schout*) en andersyds dié verly voor 'n notaris en twee getuies.<sup>49</sup> Die Romeins-Hollandse reg was in navolging van die Romeinse reg ook bekend met etlike

<sup>45</sup>Voet *Commentarius* 28.5.4.

<sup>46</sup>Voet *Commentarius* 36.1.29.

<sup>47</sup>Sien 2 2 3 4 vir die Romeinsregtelike posisie.

<sup>48</sup>De Waal in Visser *Essays on the History of Law* 313.

<sup>49</sup>De Groot *Inleidinge* 2.17.17-18; Lee *Introduction* 357.



geprivilegieerde testamente waarvoor weinig of geen verlydingsformaliteite neergelê is nie. Die vernaamste voorbeelde in hierdie verband was die *testamentum parentis inter liberos* wat 'n eiehandiggeskrewe testament was en die *testamentum militaire* waarvoor geen formaliteitsvereistes gegeld het nie.<sup>50</sup>

'n Testament wat nie aan die nodige verlydingsformaliteite voldoen het nie, was in die Romeins-Hollandse reg soos in die Romeinse reg ongeldig.<sup>51</sup> Die inherente spanning tussen enersyds die rol van eksterne formalisme binne die sfeer van die testate erfreg en die gevolglike ongeldigheid van testamente by die nie-nakoming van formaliteite en andersyds die rol wat testeervryheid binne dieselfde sfeer speel, het derhalwe ook in die Romeins-Hollandse reg voorgekom. Die balans tussen hierdie twee beginsels is op soortgelyke oorwegings as in die Romeinse reg fundeer, naamlik dat testeervryheid beskerm word langs die weg van die nakoming van testamentêre verlydingsformaliteite wat die egtheid van testateurs se wilsverklarings waarborg en die risiko van bedrog verminder.<sup>52</sup> Die Romeins-Hollandse reg het soos die Romeinse reg egter oor geen remedie beskik waarmee die nadeel besweer kon word dat 'n testateur se duidelike bedoeling ten opsigte van die verdeling van sy nalatenskap na sy dood deur 'n blote formele gebrek in sy testament frustreer kan word nie. Die rigiditeit waarmee eksterne formalisme vormgebrekkige testamente beheers het, is wel in navolging van die Romeinse reg ten opsigte van interne formalisme getemper deur 'n soeke na die bedoeling van testateurs tydens die interpretasie van testamente<sup>53</sup> asook deur die erkenning van verskeie geprivilegieerde testamente waarvoor weinig of geen verlydingsformaliteite neergelê is nie.

### 3 2 2 5      *Kontraktuele erfopvolging*

In die vorige hoofstuk is getoon dat die *pactum successorium* in die Romeinse reg verbode

---

<sup>50</sup>De Groot *Inleidinge* 2.17.28.29; Lee *Introduction* 359.

<sup>51</sup>Voet *Commentarius* 28.1.28; Roos en Reitz *Principles* 52.

<sup>52</sup>Wessels *History of the Roman-Dutch Law* 516.

<sup>53</sup>Sien 3 2 2 7.



was, onder andere op grond van die oorweging dat dit testeervryheid aan bande lê.<sup>54</sup> Die middeleeuse Kommentatore het hulle op hierdie standpunt van die Romeinse reg verlaat en diensgevolge die *pactum successorium* as *contra bonos mores* beskou.<sup>55</sup> Die *pactum de non succedendo* is egter as geldig gereken. Die rede vir laasgenoemde benadering is klaarblyklik te vinde in 'n fiksie wat vry algemeen gedurende die dertiende tot vyftiende eeu in gebruik was. In dié tyd het persone gereeld hul rug op die sekulêre wêreld gekeer deur opname in kloosters te soek. Diesulkes het dan kontraktueel afstand gedoen van enige hoop of verwagting om van 'n ander te erf. Die fiksie *nam laicus et ille qui ingreditur monasterium sicut vivens moritur* het in hierdie verband bepaal dat die betrokke kontraksparty as't ware 'n siviele dood gesterf het en die kontrak het derhalwe nie sy testeervryheid aan bande gelê nie. Indien sodanige kontraksparty die *pactum de non succedendo* deur 'n eed bevestig het, was die ooreenkoms geldig en nie *contra bonos mores* nie.<sup>56</sup>

Duitse, Franse, Italiaanse en Suid-Nederlandse juriste van die sestiende en vroeë sewentiende eeu het anders as die Kommentatore aanvaar dat die Romeinsregtelike stelreëls *hereditas pactis non deferri potest* en *hereditas enim non datur pactis sed testamento* as absolute beginsels nie meer geldende reg was nie. Kontraktuele erfopvolging is naamlik erken mits die tersaaklike *pactum successorium* in 'n huweliksvoorwaardekontrak vervat is.<sup>57</sup> Die erkenning van die *pactum successorium* in 'n huweliksvoorwaardekontrak beliggaam, het gespruit uit die Germaanse gewoontereg waar familie-ooreenkomste bindende regsrag gehad het. Hierdie familie-ooreenkomste was verdrae of kontrakte tussen familielede van 'n aanstaande bruid en bruidegom ingevolge waarvan die vermoënsregtelike terme, voorwaardes en gevolge van die voorgenome huwelik beding is. Sodanige huweliksvoorwaardekontrakte het dikwels erfregtelike bepalings bevat aangesien die testament in die vroeë stadium van Germaanse regsontwikkeling onbekend was. Selfs nadat die testament sedert die twaalfde eeu sy ingang in die Germaanse lande gemaak het, het die gebruik voortbestaan om erfregtelike

---

<sup>54</sup>Sien 2 2 3 5 vir die Romeinsregtelike posisie.

<sup>55</sup>Joubert 1961 *THRHR* 111.

<sup>56</sup>Joubert 1961 *THRHR* 106-107.

<sup>57</sup>Joubert 1961 *THRHR* 187-188.



bepalings in huweliksvoorwaardekontrakte in te sluit.<sup>58</sup>

'n Soortgelyke benadering is ook in Holland en Wes-Friesland gevolg. Die *pactum de non succedendo* is op grond van dieselfde oorwegings as in die Romeinse reg met ongeldigheid getref. Dit is naamlik as onbetaamlik en derhalwe *contra bonos mores* gereken om oor 'n derde se nalatenskap te beskik voor sy afsterwe.<sup>59</sup> Die middeleeuse fiksie waarna die Kommentatore verwys het, is dus mee weggedoen. Die *pactum successorium* (buiten dié in 'n huweliksvoorwaardekontrak vervat) is ook nie in die Romeins-Hollandse reg erken nie synde *contra bonos mores*. Voet verwys byvoorbeeld na bogenoemde twee Romeinsregtelike stelreëls wat die verbod op *pacta successoria* verwoord en meld dan dat hierdie stelreëls inderdaad gegeld het ten aansien van alle *pacta successoria* buiten dié in 'n huweliksvoorwaardekontrak beliggaam.<sup>60</sup> Die belangrike oorweging wat dié stelreëls fundeer, naamlik dat die *pactum successorium* 'n ongeregverdigde beperking van testeervryheid meebring en derhalwe indruis teen die regsgevoel van die gemeenskap wat testeervryheid onderskraag, is dientengevolge ook in die Romeins-Hollandse reg erken en het sodoende 'n belangrike beskermingsfunksie ten opsigte van testeervryheid vervul.<sup>61</sup>

Die Romeins-Hollandse reg het ooreenkomstig die posisie in die Romeinse reg ook aan die *donatio mortis causa* erkenning verleen. Die *donatio mortis causa* is omskryf as 'n herroepbare skenkingsooreenkoms wat uit vrygewigheid met die oog op die dood van die skenker gemaak is. Sodanige ooreenkoms moes voldoen aan die formaliteite wat vir die verlyding van testamente neergelê is.<sup>62</sup>

---

<sup>58</sup>Van der Keessel *Praelectiones* 14.3; Joubert 1961 *THRHR* 27-40; Van Warmelo 1977 *THRHR* 191.

<sup>59</sup>Voet *Commentarius* 2.14.16; Joubert 1962 *THRHR* 46.

<sup>60</sup>*Commentarius* 2.14.16; *James v James's Estate* 1941 OPA 66 82; *Ex parte Swanvelder* 1948 OPA 733 736; Joubert 1962 *THRHR* 47; Van Warmelo 1977 *THRHR* 192.

<sup>61</sup>*Van Jaarsveld v Van Jaarsveld's Estate* 1938 TPD 343 346; *James v James's Estate* 1941 OPA 85; *Borman en De Vos v Potgietersrusse Tabakkorporasie* 1976 3 SA 488 (A) 502H-503A.

<sup>62</sup>Voet *Commentarius* 39.6.4-6; Lee *Introduction* 292-293.



### 3 2 2 6 *Die veranderlikheid en herroeplikheid van testamente*

Die Romeins-Hollandse reg het soos die Romeinse reg as fundamentele beginsel aanvaar dat 'n testateur sy testament te enige tyd voor sy dood kan wysig of herroep.<sup>63</sup> Hierdie benadering is ongetwyfeld fundeer op soortgelyke oorwegings as in die Romeinse reg, naamlik dat 'n testateur te eniger tyd voor sy dood "van plan kan verander" wat testamentêre beskikking betref en dit hom derhalwe vry staan om 'n bestaande beskikking eensydiglik te wysig of ongedaan te maak. Die onderhawige beginsel het op hierdie wyse ter onderskraging van testeervryheid funksioneer. Die vrye veranderlikheid en herroeplikheid van 'n testament was wel aan sekere beperkings onderhewig, byvoorbeeld indien adiasie plaasgevind het ingevolge 'n wederkerige testament waarin die testateurs boedelsamesmelting bewerkstellig het.<sup>64</sup>

'n *Clausula derogativa* ingevolge waarvan 'n testateur onderneem om sy testament onaangesig te laat of wysigings slegs met die gebruik van sekere woorde aan te bring, was in die Romeins-Hollandse reg oneffektief aangesien dit testeervryheid in gedrang bring.<sup>65</sup>

### 3 2 2 7 *Interne formalisme: die interpretasie van testamente*

Die Romeins-Hollandse reëls en beginsels ten opsigte van die interpretasie van testamente was soos dié van die Romeinse reg liberaal van aard en daar is te alle tye gepoog om 'n testament wat geldig verly is deur middel van gunstige uitleg in stand te hou.<sup>66</sup> Enkele van die tersaaklike reëls en beginsels word vervolgens kortliks ter illustrasie in oënskou geneem.

Die bedoeling van 'n testateur soos vasgestel uit die woorde deur hom in sy testament gebruik, het die interpretasie van testamente fundeer. Die gewone betekenis is in hierdie

---

<sup>63</sup>Lee *Introduction* 368. Sien 2 2 3 6 vir die Romeinsregtelike posisie.

<sup>64</sup>De Groot *Inleidinge* 2.15.9; Van der Keessel *Praelectiones* 2.15.9; Lee *Introduction* 387.

<sup>65</sup>Voet *Commentarius* 28.3.10; Lee *Introduction* 351.

<sup>66</sup>Sien 2 2 3 7 vir die Romeinsregtelike posisie.



verband aan woorde verleen maar soms is aan die hand van die konteks waarin woorde gebruik is 'n ander betekenis aan hulle toegesê, byvoorbeeld "kinders" wat ook "kleinkinders" ingesluit het. Ekstrinsieke getuienis is in die reël nie toegelaat ten einde die bedoeling van 'n testateur vas te stel nie. Die hoewe het wel sowel belangrike feite ten opsigte van die persone en bates in 'n testament genoem as relevante omstandighede ten opsigte van die testateur en sy familie in ag geneem wanneer 'n testament geïnterpreteer is. Ekstrinsieke getuienis is wel toegelaat indien 'n onduidelikheid of dubbelsinnigheid geblyk het uit die woorde in 'n testament gebruik. Ekstrinsieke getuienis is voorts aangewend ten opsigte van onduidelikhede buite 'n testament, byvoorbeeld indien 'n naam deur 'n testateur genoem op meer as een persoon betrekking gehad het - getuienis kon in so 'n geval aangebied word ten einde te bepaal welke persoon deur die testateur bevoordeel wou word.<sup>67</sup>

Die reëls en beginsels ten opsigte van die interpretasie van testamente in die Romeins-Hollandse reg was wesenlik gerig op die identifikasie en handhawing van die bedoeling van testateurs. In hierdie verband het die gunstige interpretasie van testamente wat geldig verly is soos in die Romeinse reg enersyds as teenwig gedien teen die rigiede aandrang op die nakoming van testamentêre verlydingsformaliteite. Andersyds het bogenoemde reëls en beginsels funksioneer ter erkenning van die oorweging dat die vryheid van testateurs tot testamentêre beskikking onderskraag moes word deur testamente op so 'n wyse uit te lê dat die bewese bedoeling van testateurs gehandhaaf word.

### **3 3 DIE BEPERKING VAN TESTEERVRYHEID IN DIE ROMEINS-HOLLANDSE REG**

Testeervryheid in die Romeins-Hollandse reg was nie absoluut of onbelemmerd nie. In navolging van die Romeinse reg was hierdie vryheid aan verskeie beperkings onderhewig. Hierdie beperkings is op sowel sosiale as ekonomiese oorwegings fundeer. Ten einde na behore 'n geheelbeeld te verkry, word die onderhawige ondersoek ingelei deur 'n beskouing van die rol in die Romeins-Hollandse reg van enkele Romeinsregtelike instellings wat in laasgenoemde regstelsel 'n rol ten opsigte van die beperking van testeervryheid gespeel het.

---

<sup>67</sup>Roos en Reitz *Principles* 60-61. Sien ook Voet *Commentarius* 24.5.1-5.



In die vorige hoofstuk is die onderhawige aangeleentheid voorts ontleed met verwysing na onder andere wederregtelike testamentêre bepalings en bepalings wat teen die goeie sedes is asook familieskikkings en die ewigdurendheid van *fideicommissa*. Dieselfde twee onderwerpe word ook ten opsigte van die Romeins-Hollandse reg ondersoek.

### 3 3 1 Die rol in die Romeins-Hollandse reg van enkele Romeinsregtelike instellings wat in laasgenoemde regstelsel 'n rol ten opsigte van die beperking van testeervryheid gespeel het

Resepsie op die gebied van die testate erfreg het uiteraard meegebring dat sommige Romeinsregtelike instellings as sodanig in die Romeins-Hollandse reg geassimileer is terwyl ander om bepaalde redes nie insgelyks oorgeneem is nie. Die volgende tersaaklike instellings word vervolgens ondersoek ten einde hul rol ter beperking van testeervryheid in die Romeins-Hollandse reg te bepaal:

- (a) *heredis institutio* en *exhereditio*;
- (b) die *portio legitima* of *legitim*;
- (c) die *quarta Falcidia* en *quarta Trebelliana*; en
- (d) die *quarta uxoria*.

#### 3 3 1 1 *Heredis institutio* en *exhereditio*

Die Romeinsregtelike reël dat die instel van 'n erfgenaam *caput et fundamentum totius testamenti* uitmaak, is nie as sodanig in die Romeins-Hollandse reg aanvaar nie.<sup>68</sup> Die rede is klaarblyklik geleë in die feit dat 'n erfgenaam in die latere Romeins-Hollandse reg anders as die geval in die Romeinse reg nie die vermoënsposisie van die testateur ooreenkomstig die beginsel van universele erfopvolging voortgesit het nie.<sup>69</sup> 'n Testament was derhalwe nie

<sup>68</sup>Wessels *History of the Roman-Dutch Law* 522. Sien 2 2 2 vir die Romeinsregtelike posisie.

<sup>69</sup>Lee *Introduction* 354.



ongeldig by gebrek aan *heredis institutio* nie.<sup>70</sup>

Die streng Romeinsregtelike voorskrifte ten opsigte van die *nominatim* onderwing van kinders onder gesag van 'n vader het eweneens nie deel van die Romeins-Hollandse reg gevorm nie. *Patria potestas* van die Romeinse *paterfamilias* was naamlik aan die Germane onbekend. *Praeteritio* van 'n kind deur 'n ouer kon gevolglik plaasvind sonder om die geldigheid van die betrokke testament in gedrang te bring. Sodanige kind het egter 'n aanspraak op sy/haar *legitim* behou.<sup>71</sup> Hierdie aanspraak was soos in die Romeinse reg onderhewig aan die toelaatbare onderwing van kinders indien hul gedrag rede tot onderwing gegee het. Gronde vir sodanige onderwing het onder andere ingesluit 'n aanslag op die lewe van 'n ouer deur 'n kind, kettery, 'n beskuldiging deur 'n kind dat 'n ouer aan 'n misdaad skuldig is en 'n dogter wat haar aan 'n onkuise lewe oorgegee het. Op soortgelyke wyse kon ouers wat in die afwesigheid van 'n testament intestate erfgename sou wees, onterf word indien hulle hul kinders van die pleeg van 'n halsmisdaad beskuldig het, 'n aanslag op die lewe van kinders gemaak het of indien 'n vader geslagsgemeenskap met die vrou of konkubine van sy seun gehad het.<sup>72</sup> Bogenoemde gronde hou soos die ooreenstemmende gevalle in die Romeinse reg verband met optrede wat op ernstige wangedrag neerkom of wat andersins as *contra bonos mores* aangemerkt kan word.

### 3 3 1 2 *Die portio legitima of legitim*

Die Romeinsregtelike reëls ten opsigte van die *portio legitima* het wel deel van die Romeins-Hollandse reg gevorm.<sup>73</sup> Die *legitim* van kinders het een derde van hul intestate erfdeel bedra indien daar minder as vier kinders was. In geval van vyf of meer kinders het die *legitim* die helfte van hul intestate erfdeel bedra. Enige testamentêre bevoordeling of geskenk

---

<sup>70</sup>Lee *Introduction* 369.

<sup>71</sup>Wessels *History of the Roman-Dutch Law* 522; Roos en Reitz *Principles* 55. Sien 3 3 1 2 omtrent die *legitim* in die Romeins-Hollandse reg.

<sup>72</sup>Roos en Reitz *Principles* 55-56.

<sup>73</sup>Voet *Commentarius* 5.2; Beinart 1971 *Acta Juridica* 135; Lee *Introduction* 369. Sien 2 3 1 3 vir die Romeinsregtelike posisie.



*inter vivos* deur 'n testateur is in berekening gebring by die vasstelling van die *legitim*. Ouers was op een derde van hul intestate erfdeel geregtig maar dan slegs indien hulle *ab intestato* sou geërf het in die afwesigheid van 'n testament. Broers en susters se *legitim* het ook een derde van hul intestate erfdeel beloop indien 'n *turpis persona* ten koste van hulle bevoordeel is. Die oorlewende gade synde nie 'n intestate erfgenaam nie, was nie op 'n *legitim* geregtig nie, klaarblyklik omdat sy/haar halwe aandeel in die gemeenskaplike boedel by huweliksluiting binne gemeenskap van goed as voldoende vermoënsregtelike beskerming geag is.<sup>74</sup> Regverdiging vir die beperking van testeervryheid by wyse van 'n aanspraak op 'n *legitim* was in die Romeins-Hollandse reg klaarblyklik dieselfde as in die Romeinse reg. Die regsgevoel van die gemeenskap het naamlik voorgeskryf dat testateurs hul morele verpligtinge ten opsigte van bevoordeling *mortis causa* van nabye verwante nougeset moes nakom. Die toekenning van 'n *legitim* het derhalwe vir sodanige bevoordeling voorsiening gemaak selfs indien 'n testateur in sy testament daartoe versuim het.

### 3 3 1 3      *Die quarta Falcidia en quarta Trebelliana*

Die Romeinsregtelike *quarta Falcidia* is ook en wel om soortgelyke redes in die Romeins-Hollandse reg erken.<sup>75</sup> Testateurs kon derhalwe nie oor meer as driekwart van hul boedels by wyse van legate beskik nie - die reg tot 'n kwart is ten gunste van erfgename voorbehou.<sup>76</sup> Die *quarta Trebelliana* het insgelyks deel van die Romeins-Hollandse reg gevorm.<sup>77</sup>

<sup>74</sup>De Groot *Inleidinge* 2.18.8-17; Van der Keessel *Praelectiones* 18.5; De Blécourt *Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 362-363; Roos en Reitz *Principles* 55; Hahlo 1959 *SALJ* 435-436; Rowland 1970 *Codicillus* 6.

<sup>75</sup>Van der Keessel *Praelectiones* 23.20; Beinart 1971 *Acta Juridica* 135. Sien 2 3 2 2 vir die Romeinsregtelike posisie.

<sup>76</sup>De Blécourt *Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 359-360; Lee *Introduction* 369.

<sup>77</sup>Van der Keessel *Praelectiones* 18.6; Lee *Introduction* 369. Sien 2 3 2 3 vir die Romeinsregtelike posisie.



### 3 3 1 4 *Die quarta uxoria*

In die Romeins-Hollandse reg is *Nov.* 53.6 en *Nov.* 117.5 deur die meeste skrywers oorsigtelik as 'n besondere vorm van intestate erfopvolging behandel<sup>78</sup> terwyl ander die toepaslikheid daarvan bevraagteken het.<sup>79</sup> Twee redes kan vir hierdie benadering tot die *quarta uxoria* aangevoer word. Huweliksluiting binne gemeenskap van goed wat mettertyd die norm in Wes-Europa geword het, het enersyds voldoende vermoënsregtelike beskerming aan oorlewende gades verleen. Andersyds het die algemene gebruik om erfregtelike- en onderhoudsbepalings in huweliksvoorwaardekontrakte in te sluit, enige vermoënsregtelike voordeel aangevul wat deur die uitsluiting van gemeenskap van goed verbeur is.<sup>80</sup>

Gesag bestaan nietemin dat sommige juriste wel ten gunste van die behoud van *Nov.* 53.6 en *Nov.* 117.5 betoog het. Twee denkrigtings word in hierdie verband geïdentifiseer. Die mening het enersyds bestaan dat dié *Novellae* deel van die erfreg gevorm en in noue verband met die *portio legitima* gestaan het.<sup>81</sup> 'n Oorlewende gade kon derhalwe in gepaste omstandighede op die *quarta uxoria* aanspraak maak op dieselfde wyse waarop kinders en ouers hul *legitim* kon eis. Hierdie benadering ignoreer kennelik die wesenlike verskille tussen die *quarta uxoria* en *portio legitima* waarop reeds gewys is, by uitstek die feit dat laasgenoemde se aanwending tot die testate erfreg beperk was terwyl eersgenoemde onafhanklik van die bestaan van 'n testament werking geniet het. Indien egter aanvaar word dat *Nov.* 53.6 en *Nov.* 117.5 wel in bogenoemde verband deel van die Romeins-Hollandse testate erfreg gevorm het, is die noodwendige gevolgtrekking dat dit 'n beperking van testeervryheid meegebring het op soortgelyke wyse as die prosedure ten opsigte van die *portio*

---

<sup>78</sup>Voet *Commentarius* 38.17.24(App); *Glazer v Glazer* 1963 4 SA 694 (A) 703E; 704C.

<sup>79</sup>De Groot *Inleidinge* 2.30.2; Beinart 1965/66 *Acta Juridica* 296-300; Beinart 1971 *Acta Juridica* 137. Sien 2 3 2 5 vir die Romeinsregetlike posisie.

<sup>80</sup>Beinart 1965/66 *Acta Juridica* 295-296; Rowland 1970 *Codicillus* 6.

<sup>81</sup>*Glazer v Glazer* 1963 4 SA 694 (A) 703H-704A; 704E; 705H waar verwys word na onder andere Gudelinus *Commentarius de Iure Novissimo* 2.16 en Gail *Observationes* 86.



*legitima*.

Die tweede denkrigting het behoud van *Nov. 53.6* en *Nov. 117.5* gevind in die *ex lege* onderhoudsaanspraak wat dit oënskynlik verleen. In hierdie verband is dit belangrik om te let dat die Romeinse reg behoudens sekere uitsonderings nie die oordraagbaarheid van 'n onderhoudspelig by die dood van die onderhoudspligtige erken het nie.<sup>82</sup> 'n Soortgelyke konserwatiewe benadering is in die Romeins-Hollandse reg gevolg.<sup>83</sup> Die rede vir die gebrek aan Romeins-Hollandse regsontwikkeling op hierdie gebied word weer eens gevind in die veeltal ander beskikbare meganismes waarmee vermoënsregtelike beskerming *mortis causa* verseker is: die *portio legitima*, *quarta Falcidia* en *quarta Trebelliana* was steeds van krag, huweliksluiting binne gemeenskap van goed was algemene gebruik en huweliksvoorwaardekontrakte het andersins vermoënsregtelike beskerming verleen.<sup>84</sup> *Nov. 53.6* en *Nov. 117.5* het nietemin oënskynlik wel aanwending op die onderhawige gebied gevind.<sup>85</sup> Beinart verklaar byvoorbeeld soos volg:<sup>86</sup>

"Although in Western Europe there was this wide variety of opinion on the subject, there is sufficient evidence to show that some prominent jurists saw the need and value of the *Novels* as providing the basis of a general doctrine of maintenance for a widow (if not the widower also) out of a deceased spouse's estate, especially in those instances where there was not the adequate provision that was usually afforded by community of property or nuptial or testamentary gifts."

Indien hierdie standpunt aanvaar word, het *Nov. 53.6* en *Nov. 117.5*, in soverre dit 'n

---

<sup>82</sup>Beinart 1958 *Acta Juridica* 101.

<sup>83</sup>*Glazer v Glazer* 1963 4 SA 694 (A) 706F-H; Beinart 1958 *Acta Juridica* 104.

<sup>84</sup>Beinart 1958 *Acta Juridica* 104-105.

<sup>85</sup>Beinart 1965/66 *Acta Juridica* 302 wat onder andere verwys na Someren *De Iure Novercarum* 10.1-2.

<sup>86</sup>1965/66 *Acta Juridica* 301.



onderhoudsaanspraak teen die bepalings van 'n testament verleen het, wel in die onderhawige verband ter beperking van testeervryheid funksioneer. Beinart waarsku egter dat gesag ten gunste van sodanige gebruik van dié *Novellae* betreklik gering is.

Ten slotte dien daarop gelet te word dat Romeins-Hollandse skrywers nie noodwendig 'n onderskeid getref het tussen die beskouing wat instellings soos die *quarta legitima* en *quarta uxoria* enersyds binne die kader van die erfreg plaas en die beskouing wat sodanige instellings andersyds verklaar aan die hand van die vermoënsregtelike beskerming wat dit verleen nie. Voet beskryf die *legitim* byvoorbeeld juis as 'n onderhoudsaanspraak - die feit dat die nakoming van 'n testateur se morele plig ten opsigte van testamentêre bevoordeling van sy nabye verwante insgelyks vermoënsregtelike beskerming aan sodanige verwante verleen, het ongetwyfeld opgeval.<sup>87</sup>

### **3 3 2 Die benadering in die Romeins-Hollandse reg tot wederregtelike testamentêre bepalings en testamentêre bepalings wat teen die goeie sedes is**

Die onderhawige onderwerp word in navolging van die vorige hoofstuk bespreek aan die hand van die benadering tot testamentêre voorwaardes wat wederregtelik of teen die goeie sedes is. Die Romeins-Hollandse reg het grootliks die Romeinse reg oor hierdie onderwerp gevolg.<sup>88</sup> Die *boni mores* het steeds 'n bepalende rol ter beoordeling van sodanige voorwaardes gespeel. In hierdie verband kan na die volgende stelling deur Van der Linden verwys word:<sup>89</sup>

"A testator may charge his heirs with the giving of any particular thing, or doing any particular act, and on non-performance of the condition, may charge him with a legacy to a third person, provided this condition be not contrary

---

<sup>87</sup>*Commentarius* 34.1.3; Beinart 1965/66 *Acta Juridica* 303; Beinart 1958 *Acta Juridica* 104.

<sup>88</sup>Sien 2 3 3 1 vir die Romeinsregtelike posisie.

<sup>89</sup>*Koopmans Handboek* 1.9 (Henry se vertaling); *Ex parte Swanvelder* 1948 OPA 733 736.



to law, or *contra bonos mores*. Legacies, however, given for the purpose of scandalizing any one, are not good; nor those made through pure caprice, or palpably tending to reward vice..."

In die vorige hoofstuk is die Romeinsregtelike posisie ten opsigte van die onderhawige onderwerp aan die hand van spesifieke voorbeelde met betrekking tot huweliksluiting geïllustreer. Die posisie in die Romeins-Hollandse reg word vervolgens eweneens bekou met verwysing na voorwaardes waardeur 'n testateur poog om voorskrifte ten opsigte van 'n begunstigde se huweliksluiting neer te lê.

'n Voorwaarde wat 'n algehele verbod op huweliksluiting of 'n onredelik lang tydperk van selibaatheid ten doel het, was in die Romeins-Hollandse reg soos in die Romeinse reg nietig, synde *contra bonos mores*.<sup>90</sup> 'n Voorwaarde wat die ontbinding van 'n bestaande huwelik ten doel gehad het, was om dieselfde rede nietig.<sup>91</sup> Ten opsigte van ander testamentêre voorwaardes wat op huweliksluiting betrekking het, was die Romeins-Hollandse reg redelik toegeeflik.<sup>92</sup> 'n Voorwaarde wat huweliksluiting op 'n bepaalde plek verbied, was byvoorbeeld geldig behalwe indien dit as gevolg van die betrokke omstandighede die uitwerking van 'n algehele verbod gehad het.<sup>93</sup> 'n Verbod op hertroue was voorts heeltemal geldig.<sup>94</sup> 'n Gedeeltelike verbod op huweliksluiting was eweneens geldig. 'n Bemaking kon derhalwe enersyds onderhewig gestel word aan 'n voorwaarde dat 'n begunstigde nie met 'n spesifieke persoon of bepaalde tipe persoon mag trou nie of andersyds dat 'n begunstigde inderdaad met 'n spesifieke persoon of bepaalde tipe persoon moet trou.<sup>95</sup> Die geldigheid van sodanige voorwaardes het berus op die oorweging dat die betrokke begunstigde nie

---

<sup>90</sup>Voet *Commentarius* 28.7.12; *Aronson v Estate Hart* 1950 1 SA 539 (A) 565.

<sup>91</sup>Voet *Commentarius* 24.2.2.

<sup>92</sup>Voet *Commentarius* 28.7.11-12.

<sup>93</sup>*Aronson v Estate Hart* 1950 1 SA 539 (A) 563.

<sup>94</sup>Voet *Commentarius* 2.14.21.

<sup>95</sup>*Aronson v Estate Hart* 1950 1 SA 539 (A) 563.



daardeur verplig word om ongetroud te bly nie.<sup>96</sup>

Laasgenoemde voorwaardes het dikwels die vorm van verbeuringsbepalings aangeneem ingevolge waarvan die verbeuring van voordele voorsien is indien 'n begunstigde byvoorbeeld 'n huwelik sou sluit met 'n persoon of tipe persoon anders as dié deur die testateur in sy testament bepaal. Die testateur poog derhalwe om langs die weg van sodanige bepaling op voorskriftelike wyse die optrede of gedrag van 'n begunstigde te beheer - in die onderhawige verband ten opsigte van die keuse van 'n lewensmaat.

In *Aronson v Estate Hart* ondersoek appèlregter Van den Heever die gemeenregtelike posisie ten opsigte van hierdie aangeleentheid met betrekking tot 'n testamentêre verbeuringsbepaling wat gebondenheid aan die Joodse geloof vereis.<sup>97</sup> Die appèlregter toon ten opsigte van die Romeinse reg dat staatsgesanksioneerde diskriminasie teen Jode ná kerstening van die Romeinse ryk aan die orde van die dag was.<sup>98</sup> In die vorige hoofstuk is in hierdie verband daarop gewys dat 'n voorwaardelike bemaking wat 'n begunstigde tot gebondenheid aan of huweliksluiting binne die Joodse geloof verplig het, in die latere Romeinse reg met ongeldigheid getref is, synde *in odio Christianae religionis*. Appèlregter Van den Heever ondersoek wat hy noem "legal systems kindred to our own" ten einde te bepaal of 'n soortgelyke benadering aldaar geld. Hy toon dat drie denkrigtings in die onderhawige verband te bespeur is.<sup>99</sup> 'n Testamentêre voorwaarde wat op 'n verandering van of gebondenheid aan 'n bepaalde geloof berus, is ingevolge een denkrigting geldig mits die betrokke geloof die guns van die staat geniet. 'n Volgende denkrigting ag sodanige voorwaarde sonder meer as immoreel en derhalwe as *pro non scripto*. 'n Laaste denkrigting beskou sodanige voorwaarde slegs as immoreel en *pro non scripto* indien dit die bedoeling van die testateur was om die betrokke begunstigde deur middel van geldelike gewin tot 'n bepaalde geloofsoortuiging te beweeg. In hierdie verband word Savigny deur appèlregter Van

---

<sup>96</sup>Voet *Commentarius* 28.7.11. Sien ook *Aronson v Estate Hart* 1950 1 SA 539 (A) 563.

<sup>97</sup>1950 1 SA 539 (A) 552-568.

<sup>98</sup>1950 1 SA 539 (A) 554.

<sup>99</sup>1950 1 SA 539 (A) 562-563.



den Heever aangehaal:

"Each of these decisions (i.e., to alter one's religion or to adhere to it) is in itself a matter of conscience and from the point of view of our law unobjectionable. Yet that the most intimate concern of a human being should be influenced by loss or gain is highly questionable. Consequently we would be entirely in accord with the principles propounded by the Roman law for other situations if we treat this condition as immoral and hold that its inclusion vitiates a contract and renders a testamentary disposition unconditional."

Die appèlregter is egter nie oortuig van die gesaghebbendheid van hierdie standpunte nie. Enersyds strook dit nie met uitvoerige gemeenregtelike gesag dat sodanige voorwaardelike bemaking inderdaad geldig en nie *contra bonos mores* is nie. Hy verwys onder andere na Voet *Commentarius* 28.7.11 waar gesê word:<sup>100</sup>

"Marriage may lawfully be the matter contemplated in a potestative condition subject to which an heir is appointed or a bequest is made...*if she marries a man of her own religion...*"

Andersyds is die appèlregter van mening dat veral die derde standpunt hierbo gegrond is op 'n waninterpretasie van die relevante tekste:<sup>101</sup>

"The notion that according to the underlying principles of Roman law it would be immoral and contrary to public policy if a beneficiary should be exposed to the danger of being influenced by monetary considerations arising out of a bequest in doing that which is admittedly not immoral or contrary to public policy [deur byvoorbeeld selibaat of ongetroud te bly], is a fanciful abstraction based on the misconstruction of fragments which clearly have a different meaning and explanation from those placed upon them by the protagonists of

---

<sup>100</sup>1950 1 SA 539 (A) 558.

<sup>101</sup>1950 1 SA 539 (A) 567.



this theory."

Appèlregter Van den Heever formuleer derhalwe die gemeenregtelike reël ten gunste van die geldigheid van 'n verbeuringsbepaling soos die onderhawige soos volg:<sup>102</sup>

"There is nothing immoral or against public policy in a Jew remaining true to the faith of his fathers and a condition that he shall not marry a person of another religion is conducive to harmonious and happy marriages (P Voet *de Statut.*, sec. 5 chap. 2 n. 3)."

Hahlo wys in aansluiting hierby daarop dat die sewentiende en agtiende eeuse Hollandse gesin wesenlik op patriargale grondslag georganiseer was terwyl godsdienstige piëteit 'n universele waarde was. Verandering van geloof is derhalwe met die uiterste afkeer bejeen. Dit was inderwaarheid byna vanselfsprekend dat 'n kind wat van geloof (hetsy die Joodse of Christelike geloof) verander het of 'n huwelik gesluit het met 'n persoon wat deur sy/haar ouers afgekeur is, geen erfregtelike voordeel van laasgenoemde sou ontvang nie.<sup>103</sup> Hierdie sosio-godsdienstige oorwegings verleen verdere steun aan appèlregter Van den Heever se standpunt in die *Aronson*-saak dat testamentêre voorwaardes wat gebondenheid aan of huweliksluiting binne 'n bepaalde geloof vereis, nie in die Romeins-Hollandse reg as strydig met die regsgevoel van die gemeenskap gesien is nie.

Joubert huldig egter die mening dat appèlregter Van den Heever se ontleding van die gemeenregtelike posisie in die *Aronson*-saak te kort skiet en dat gemeenregtelike gesag bestaan dat bepalinge soos die onderhawige inderdaad in bepaalde gevalle met nietigheid getref was omdat dit as *contra bonos mores* beskou is.<sup>104</sup>

Die skrywer wys eerstens daarop dat die heersers van Nederland in die tydperk voor die Reformasie die Rooms-Katolisisme as enigste ware Christelike geloof beskou en beskerm het.

---

<sup>102</sup>1950 1 SA 539 (A) 567.

<sup>103</sup>1950 SALJ 241.

<sup>104</sup>1968 SALJ 402.



Ander gelowe is verdra sonder om enige amptelike erkenning te geniet. Na die Reformasie het Gereformeerde Calvinisme die plek van Katolisisme as die enigste erkende en staatsbeskermd Christelike geloof ingeneem. Die Joodse geloof is steeds nie amptelik erken nie.<sup>105</sup> Teen die agtergrond van hierdie sosio-godsdienstige milieu voer Joubert aan dat 'n verbeuringsbepaling wat gebondenheid aan of huweliksluiting binne byvoorbeeld die Joodse geloof vereis, ongeldig was omdat dit soos in die latere Romeinse reg onderwing *in odio Christianae religionis* beoog het. Sodanige testamentêre bepaling is as *contra bonos mores* gereken aangesien die regsgevoel van die gemeenskap die instandhouding van die Christelike geloof binne die oorwegend Christelike samelewing van die tyd vereis het.<sup>106</sup> Op 20 September 1775 het die *Hof van Holland* derhalwe beslis dat die kinders van 'n oorledene wel geregtig was op 'n vruggebruiksbelang uit die testament van 'n voorouer ten spyte van die feit dat die oorledene in stryd met 'n voorwaardelike bepaling tot die teendeel in die voorouer se testament, van die Joodse geloof afstand gedoen en die Christelike geloof aanvaar het. Van der Linden is van mening dat die hof se beslissing deels verklaar kan word aan die hand van die feit dat die betrokke onderwing *in odio Christianae religionis* was.<sup>107</sup>

Joubert wys egter ook op 'n tweede beginsel wat die nietigheid van die onderhawige bepaling in die Romeins-Hollandse reg fundeer het. Die skrywer voer naamlik aan dat geredelik gesteun is op die fundamentele beginsel van geloofsvryheid wat aan die natuurreg ontleen is. Dié beginsel skryf voor dat elke individu geregtig is om ooreenkomstig sy eie oortuiging, gesindheid en gewete die geloof van sy keuse aan te hang en voorts geregtig is om hierdie keuse vry van die invloed of beheer van andere uit te oefen. Op 13 Desember 1747 het die *Hoge Raad* in hierdie verband beslis dat 'n testamentêre erfgenaam nie haar voordeel verbeur het omdat sy in stryd met 'n voorwaardelike bepaling te dien effekte nie meer die Joodse geloof in die openbaar bely het nie.<sup>108</sup> Joubert laat hom soos volg oor hierdie beslissing

---

<sup>105</sup>1968 SALJ 406-408.

<sup>106</sup>1968 SALJ 419.

<sup>107</sup>Joubert 1968 SALJ 415-417 wat verwys na Van der Linden *Verzameling van merkwaardige gewijsden der gerechtshoven in Holland*.

<sup>108</sup>Joubert 1968 SALJ 417-418 wat verwys na Pauw *Observationes Tumultuariae Novae*, I, obs. 246.



uit:<sup>109</sup>

"The *ratio decidendi* was based on the principle of *freedom of religion*. It was found to be scandalous and therefore unlawful to compel a person to continue to profess his faith or not to change his faith in order to adopt another faith, by bequeathing him some benefit in a will subject to such a condition."

Hierdie standpunt strook dan ook met dié van Savigny soos deur appèlregter Van den Heever in *Aronson v Estate Hart* aangehaal.<sup>110</sup>

Die aangeleentheid onder bespreking blyk dus 'n netelige probleem vir Romeins-Hollandse juriste en regsprekers te gewees het. Gesag bestaan naamlik dat soos in die *Aronson*-saak getoon, verbeuringsbepalings wat gebondenheid aan 'n bepaalde geloof of huweliksluiting binne 'n bepaalde geloofs- of rassegroep vereis, inderdaad in die Romeins-Hollandse reg as geldig erken is. Gesag tot die teendeel bestaan egter ook, naamlik dat soos Joubert aanvoer, testeevryheid beperk is in soverre dit die onderhawige bepaling betref. Die bepalende oorweging in hierdie verband was juis dat sodanige bepalinge in gepaste omstandighede as *contra bonos mores* aangemerkt is.

### 3 3 3 Die benadering in die Romeins-Hollandse reg tot familieskikkings en die ewigdurendheid van *fideicommissa*

Die Romeinsregtelike reël teen die ewigdurendheid van *fideicommissa* is in die Romeins-Hollandse reg erken maar moes te alle tye swig voor 'n testament wat 'n duidelike bedoeling ten gunste van ewigdurendheid openbaar het.<sup>111</sup> Dié reël wat klaarblyklik op Nov. 159 baseer is, word soos volg deur Voet geformuleer:<sup>112</sup>

---

<sup>109</sup>1968 *SALJ* 418.

<sup>110</sup>1950 1 SA 539 (A) 563.

<sup>111</sup>Lee *Introduction* 386. Sien 2 3 3 2 vir die Romeinsregtelike posisie.

<sup>112</sup>*Commentarius* 36.1.33 (Gane se vertaling).

"But since frequent mention has been made...of a "permanent fideicommissum", you should be aware that it has generally been held that such a perpetuity is in case of doubt only extended up to the fourth generation, and that after it the property is free, so that the fifth generation has the capacity to dispose of it at discretion. This is so unless it should be perfectly clear from a contrary intention on the part of the testator that he desires to lay the property under a future burden. I say this because it appears that the right should by no means be denied him to multiply at his own discretion, on the analogy of direct substitution, the degrees of fideicommissary substitution endlessly."

'n Testateur kon derhalwe die benutting van bates by wyse van testament beheer deur middel van voorskriftelike reëlins ten opsigte van die ewigdurende vererwing van sodanige bates. Vir dié doel moes sy testament egter 'n duidelike bedoeling te dien effekte openbaar.<sup>113</sup> Blote gebruik van die woorde "*perpetuum fideicommissum*" was in hierdie verband onvoldoende ten einde 'n ewigdurende *fideicommissum* daar te stel. Sodanige woorde moes ook vergesel word van byvoorbeeld "die *fideicommissum* sal nooit en onder geen omstandighede beëindig word nie".<sup>114</sup> Hierdie resultaat kon ook bewerkstellig word deur familieskikkings waar 'n testateur die vervreemding van die fideikommissêre bates deur die ingestelde erfgenaam buite die familie onvoorwaardelik verbied het en bygevoeg het dat sodanige verbod geld "vir die permanente bewaring van die familieboedel" of "sodat die bates nie uit die familie gaan nie" of "sodat die bates binne die familie gehou word".<sup>115</sup>

Dit blyk derhalwe dat, in soverre van die beperking van testeervryheid in die Romeins-Hollandse reg by wyse van 'n reël teen ewigdurende *fideicommissa* sprake was, sodanige beperking moes swig voor 'n duidelike bedoeling ten gunste van ewigdurendheid.

---

<sup>113</sup>*Jewish Colonial Trust v Estate Nathan* 1930 NPA 1 11.

<sup>114</sup>Van der Keessel *Praelectiones* 20.11-12; Lee *Introduction* 386-387; *Rykliëf's Heirs v Rykliëf's Executors* 13 SC 64 67.

<sup>115</sup>Voet *Commentarius* 36.1.28; *Ex parte Coetzee (in re Estate Du Toit)* 1931 OPA 156 159.



Laasgenoemde benadering kan ongetwyfeld aan die hand van 'n afkeer van die ongeregverdigde beperking van testeervryheid verklaar word.

### 3 4 BEOORDELING

Die Romeins-Hollandse reg het soos die Romeinse reg aan private eiendomsreg erkenning verleen. Die beskikkingsbevoegdheid van 'n eienaar tot eiendomsoordrag by wyse van testament wat deur private eiendomsreg geïmpliseer word, het beteken dat private erfopvolging geredelik aan die orde gestel is. Testeervryheid is derhalwe as grondbeginsel van die Romeins-Hollandse testate erfreg aanvaar. Die faktore wat die ontwikkeling van testeervryheid in die Romeinse reg in die hand gewerk het, het ook soortgelyke ontwikkeling in die Romeins-Hollandse reg fundeer. Ekonomiese oorwegings het enersyds die benadering tot testeervryheid in die Romeins-Hollandse reg beïnvloed terwyl sosiale oorwegings gefundeer op die regsgevoel van die gemeenskap andersyds bepalend was. Hierdie faktore het soos in die Romeinse reg dikwels onderling in noue samehang funksioneer.

Testeervryheid is onderskraag deur die aandrang op testeerbevoegdheid aan die kant van testateurs, die aandrang op vrye en onbelemmerde testeerhandelinge, die reël wat delegasie van testeerbevoegdheid verbied, die aandrang op die nakoming van testamentêre verlydingsformaliteite as waarborg van die egtheid van testateurs se wilsverklarings en gevolglike bekamping van bedrog, die afkeer van kontraktuele erfopvolging, die erkenning van die veranderlikheid en herroeplikheid van testamente sowel as die dikwels liberale reëls en beginsels ter interpretasie van testamente.

As treffende voorbeeld van die wisselwerking tussen sosiale en ekonomiese faktore ten opsigte van testeervryheid in die Romeins-Hollandse reg kan na die benadering tot die *pactum successorium* en *pactum de non succedendo* in dié regstelsel verwys word. In die lig van die onderskraging wat die *boni mores* aan testeervryheid verleen het, is enersyds geoordeel dat beide bogenoemde vorms van kontraktuele erfopvolging sosiaal ongewens is, juis omdat dit 'n ongeregverdigde beperking op testeervryheid daarstel. Sodanige kontrakte is gevolglik met ongeldigheid getref. Die erkenning van die *pactum successorium* in 'n huweliksvoorwaardekontrak beliggaam, is as uitsondering op bogenoemde reël egter



andersyds aan die hand van veral ekonomiese oorwegings regverdig aangesien dit vanuit 'n historiese perspektief 'n aanvaarde wyse was om ooreenkomstig die gebruike van die tyd vermoënsregtelike beskerming aan oorlewende gades te verleen.

Beide bogenoemde oorwegings het ook 'n belangrike rol ten opsigte van die beperking van testeervryheid in die Romeins-Hollandse reg gespeel.

Romeins-Hollandse behoud van Romeinsregtelike beperkings op testeervryheid in die vorm van die *portio legitima*, *quarta Falcidia* en *quarta Trebelliana* is regverdig op grond van die oorweging dat testateurs hul morele verpligtinge ten opsigte van bevoordeling *mortis causa* teenoor nabye verwante en/of erfgename nougeset moes nakom. Hierdie reëlins het egter ook 'n ekonomiese funksie vervul deur vermoënsregtelike beskerming aan dié persone na die dood van die betrokke testateur te verleen. In soverre gesag ten gunste van die behoud van die Romeinsregtelike *quarta uxoria* bestaan, het ekonomiese oorwegings in die vorm van 'n onderhoudsaanspraak eweneens 'n bepalende rol gespeel.

Die beperking van testeervryheid in die Romeins-Hollandse reg ten opsigte van wederregtelike testamentêre bepalings en bepalings wat teen die goeie sedes is, kan byna uitsluitlik aan die hand van die *boni mores* verklaar word. Die (dikwels teenstrydige) sosio-godsdienstige *mores* van die tyd het enersyds gebondenheid aan 'n bepaalde godsdienst vereis. Testateurs kon dan ook sodanige gebondenheid deur middel van byvoorbeeld 'n voorwaardelike verbeuringsbepaling onderskraag. Gesag bestaan nietemin andersyds dat enige sodanige voorwaarde wat onderwing in *odio Christianae religionis* tot gevolg gehad het of enige voorwaarde wat onderwing in stryd met die fundamentele beginsel van geloofsvryheid tot gevolg gehad het, ongeldig was. Dit blyk dat, welke standpunt ook al gehuldig word, die regsgevoel van die gemeenskap die bepalende oorweging in die benadering tot dié regskwessie was.

Beperking van testeervryheid in die Romeins-Hollandse reg was inderdaad soms minder streng as in die Romeinse reg. Justinianus se beperking van *fideicommissa* tot vier geslagte was, in soverre dit deel van die Romeins-Hollandse reg gevorm het, byvoorbeeld onderhewig aan 'n uitdruklike bedoeling tot die teendeel aan die kant van die betrokke testateur. Die



ekonomiese oorwegings wat Justinianus tot dié beperking genoep het, is derhalwe in die Romeins-Hollandse reg teenoor testeervryheid geweeg en te lig bevind - die beperking uit die Romeinse reg is diensengevolge ten gunste van groter testeervryheid getemper.

----- \*

**AFDELING B****TESTEERVRYHEID IN DIE SUID-  
AFRIKAANSE REG****HOOFSTUK 4****TESTEERVRYHEID  
BUITE DIE INVLOEDSFEER  
VAN DIE GRONDWET****4 1 INLEIDING**

Die vestiging van 'n verversingspos aan die Kaap die Goeie Hoop in 1652 deur die *Vereenigde Geoctroyeerde Oost-Indische Compagnie* het die instellings van die Nederlandse regstelsel met sy Romeins-Hollandse onderbou na die Kaap gebring waar dit tot en met 1795 onder Nederlandse bewind gedy het.<sup>1</sup> Die Britse besettings van die Kaap (1795-1803 en 1806-1910) het infiltrasie en selfs resepsie van Engelsregtelike elemente in dié fundamenteel Romeins-Hollandse regstelsel tot gevolg gehad.<sup>2</sup> Die Romeins-Hollandse karakter van die Kaapse regstelsel het nietemin onder Britse bewind behoue gebly as gevolg van 'n reël van die Engelse staatsreg wat bepaal het dat die regsreëls van 'n verowerde gebied van krag bly tot tyd en wyl die veroweraar dit wysig. Die Britse bewindhebbers het egter ingevolge die kapulasievoorwaardes van 1806 die Kaapse burgers gewaarborg dat hul regte en voorregte ingevolge die Romeins-Hollandse reg behoue sou bly.<sup>3</sup> Dieselfde tendens het hom voorgedoen ten opsigte van die latere Voortrekker Republieke wat met verloop van tyd onder Britse bewind gekom het - die Romeins-Hollandse regstelsel wat die Voortrekkers in Natal, die Oranje-Vrystaat en die Transvaal gevestig het, is na Britse kolonisasie bekragtig behalwe in soverre dit deur Engelse wetgewing en regterlike steun op toepaslike Engelsregtelike

---

<sup>1</sup>Edwards *History of South African Law* 65; Du Plessis *Inleiding tot die Reg* 46.

<sup>2</sup>Edwards *History of South African Law* 76-83; Du Plessis *Inleiding tot die Reg* 48-49.

<sup>3</sup>Edwards *History of South African Law* 77; Du Plessis *Inleiding tot die Reg* 48.



beginsels gewysig is.<sup>4</sup> Na Uniewording (1910) en Republiekwording (1961) het die wisselwerking tussen die Romeins-Hollandse en Engelse reg op die terreine van wetgewing en regspraak voortgeduur.<sup>5</sup>

Romeins-Hollandse intestate en testate erfreg het van die begin af deel van die Suid-Afrikaanse gemene reg gevorm.<sup>6</sup> Die Britse bewindsoorname van die Kaap het egter 'n onvermydelike Engelsregtelike invloed op die plaaslike erfreg tot gevolg gehad. Hahlo en Kahn verklaar derhalwe in hierdie verband:<sup>7</sup>

"In the law of succession the influence of English law has been considerable. The bulk of South African law of succession is still decisively and unmistakeably Roman-Dutch, but a number of principles and institutions of the original Roman-Dutch law have been modified or abrogated under the impact of English ideas and doctrines."

Die mees algemene testamentsvorm wat in die moderne Suid-Afrikaanse reg gebruik word, die sogenaamde onderhandse testament, is byvoorbeeld onder Engelse invloed en geskoei op die lees van die Engelse *Wills Act* van 1837 hier te lande ingevoer en in die Wet op Testamente 7 van 1953 (soos gewysig) bekragtig.<sup>8</sup>

Testeervryheid is as fundamentele beginsel van die Romeins-Hollandse testate erfreg hier te lande erken.<sup>9</sup> Die Engelse reg het eweneens testeervryheid as fundamentele beginsel van die

---

<sup>4</sup>Edwards *History of South African Law* 84-87; Du Plessis *Inleiding tot die Reg* 49-50.

<sup>5</sup>Edwards *History of South African Law* 87-100; Du Plessis *Inleiding tot die Reg* 52-68.

<sup>6</sup>Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 120.

<sup>7</sup>*The Union of South Africa - The Development of its Laws and Constitution* 622.

<sup>8</sup>Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 120. Wet 7 van 1953 het op 1 Januarie 1954 in werking getree.

<sup>9</sup>De Waal in Visser *Essays on the History of Law* 302.



testate erfreg onderskraag.<sup>10</sup> Testeervryheid het derhalwe vir die Suid-Afrikaanse erfreg behoue gebly en het oor die jare die aandag van sowel die wetgewer as die hofe geniet. Hierdie aandag het beduidende regsontwikkeling op die onderhawige gebied tot gevolg gehad.

In hierdie hoofstuk word die benadering tot testeervryheid in die Suid-Afrikaanse reg van nader beskou.<sup>11</sup> Die eerste gedeelte van die hoofstuk word ingelei deur 'n kort oorsig oor die ingesteldheid van Suid-Afrikaanse hofe en regsryers tot testeervryheid. Daarna word soos in Afdeling A op die verband tussen testeervryheid en enkele ander elemente van die testate erfreg gelet. Die onderskraging wat hierdie elemente aan testeervryheid verleen, word eweneens ondersoek. Testeerbevoegdheid, die vrye en onbelemmerde aard van die testeerhandeling, delegasie van testeerbevoegdheid, testamentêre verlydingsformaliteite, kontraktuele erfopvolging, die veranderlikheid en herroeplikheid van testamente, die interpretasie en rektifikasie van testamente asook die wysiging van die bepalinge van 'n testament na 'n testateur se dood word in hierdie verband onder die loep geneem. In die tweede gedeelte van die hoofstuk word die beperking van testeervryheid in die Suid-Afrikaanse reg ondersoek. Enersyds word gefokus op beperkings wat op sosiale oorwegings berus. Die gemeenregtelike eis van afhanklike kinders vir onderhoud teen die bestorwe boedel van 'n ouer, die statutêre eis van 'n oorlewende gade vir onderhoud teen die bestorwe boedel van 'n oorlede gade ingevolge die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades<sup>12</sup> en die regsposisie ten opsigte van wederregtelike testamentêre bepalinge en testamentêre bepalinge wat teen die goeie sedes is, word ondersoek. Relevante bepalinge van die Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed<sup>13</sup> en die Wet op die Beheer oor Trustgoed<sup>14</sup> word voorts in hierdie verband beskou. Andersyds val die fokus op beperkings wat op ekonomiese oorwegings berus. Laasgenoemde beperkings geniet

---

<sup>10</sup>Sien 6.2.1.

<sup>11</sup>Die invloed van grondwetlike beginsels op die benadering tot testeervryheid in die Suid-Afrikaanse reg word in hierdie bespreking buite rekening gelaat. Hierdie aanleentheid word in Hoofstukke 5 en 8 beskou.

<sup>12</sup>Wet 27 van 1990.

<sup>13</sup>Wet 94 van 1965.

<sup>14</sup>Wet 57 van 1988.



hoofsaaklik statutêre beslag. Relevante bepalinge van die Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed,<sup>15</sup> die Mineraalwet,<sup>16</sup> die Wet op die Beheer oor Trustgoed<sup>17</sup> en die Wet op Pensioenfondse<sup>18</sup> word in hierdie verband beskou. Die hoofstuk word afgesluit met 'n besondere studie van die regsposisie ten opsigte van voorskriftelike testamentêre bepalinge waardeur testateurs poog om die gedrag van begunstigdes en/of die benutting van bates te beheer, veral aan die hand van oorwegings wat met ras, nasionaliteit of geloof verband hou.

## 4 2    TESTEERVRYHEID IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

### 4 2 1   Die benadering tot testeervryheid in die Suid-Afrikaanse reg

Die Suid-Afrikaanse testate erfreg erken as fundamentele beginsel dat 'n testateur oor die bevoegdheid beskik om binne die raamwerk van sekere beperkings na goeddunke by wyse van testament te beskik oor die bates wat by sy dood deel van sy boedel uitmaak.<sup>19</sup> Hierdie beginsel staan in noue verband met 'n tweede belangrike beginsel, naamlik dat Suid-Afrikaanse howe verplig is om uitvoering te gee aan die duidelike bedoeling van 'n testateur soos dit uit sodanige testateur se testament blyk.<sup>20</sup> Hierdie twee beginsels is by verskeie geleenthede deur ons howe erken en bevestig. In *Havemann's Assignee v Havemann's Executor* verklaar appèlregter Wessels:<sup>21</sup>

---

<sup>15</sup>Wet 94 van 1965.

<sup>16</sup>Wet 50 van 1991.

<sup>17</sup>Wet 57 van 1988.

<sup>18</sup>Wet 24 van 1956.

<sup>19</sup>*Corbett et al Law of Succession* 34; Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 621; De Waal en Schoeman *Erfreg* 91.

<sup>20</sup>*Ex parte Trustees Estate Loewenthal* 1939 WPA 78 81; *Ex parte Estate Marks* 1970 3 SA 539 (T) 542E.

<sup>21</sup>1927 AA 473 475-476.

"The wish of the testator, as clearly and fully expressed in the will, must be given effect to."

In *Crookes v Watson* stel appèlregter Van den Heever:<sup>22</sup>

"Since testation has become unfettered, the testator is not obliged to benefit any person under his will, and if he does, he is at liberty to condition and restrict the benefits which he confers in any manner he pleases. In interpreting and putting into effect the provisions of a will the testator's wishes are of paramount importance"

In *Ex parte Erasmus* sê regter Marais:<sup>23</sup>

"Dit spreek vanself dat, vir sover dit regtens en prakties moontlik is, gevolg gegee moet word aan die bedoeling van 'n testateur soos hy dit in sy testament uitgedruk het, ongeag hoe onnodig of onwys sommige bepalings daarin ook mag voorkom."

Suid-Afrikaanse regsrywers het hulle ook al meermale oor dié beginsels uitgelaat. Beinart stel:<sup>24</sup>

"It is one of the boasts of the South African legal system that it permits complete and unfettered freedom of testation, and indeed...a testator can now dispose of his property as he pleases."

Van der Merwe en Rowland verklaar:<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup>1956 1 SA 277 (A) 298A-B.

<sup>23</sup>1970 2 SA 176 (T) 178A.

<sup>24</sup>1958 *Acta Juridica* 92.

<sup>25</sup>*Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 251.



"Hoe wispelturig, verbeeldingryk, egoïsties en onredelik 'n erflater, soos blyk uit die bepalings van sy testament, ook al was, hoe ingewikkeld en spitsvondig daardie bepalings ook al voorkom, is die uitgangspunt van ons reg steeds om aan die wense van die erflater, soos in sy testament beliggaam, uitvoering te gee: *voluntas testatoris servanda est*."

Bogenoemde aanhalings dui op die groot vryheid tot testamentêre beskikking waaroor Suid-Afrikaanse testateurs beskik.<sup>26</sup> Die opmerking is al gemaak dat die Suid-Afrikaanse reg testeervryheid meer as enige ander Westerse regstelsel handhaaf.<sup>27</sup> Hierdie standpunt word gewoonlik gestaaf met verwysing na die feit dat verskeie van die maatreëls wat in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg ter beperking van testeervryheid funksioneer het, vroeg reeds ooreenkomstig Engelsregtelike beleid in die destydse kolonies afgeskaf is. Die *quarta Falcidia*, *quarta Trebelliana* en *portio legitima* het byvoorbeeld sodoende in die slag gebly.<sup>28</sup>

Die Suid-Afrikaanse reg volg in die voetspore van die Romeinse en Romeins-Hollandse reg (en trouens ook die Engelse reg) in soverre private erfopvolging en testeervryheid hier te lande geredelik op die erkenning van private eiendomsreg en die gevolglike beskikkingsbevoegdheid van 'n eienaar fundeer word. De Waal verduidelik soos volg:<sup>29</sup>

"[T]hat ownership embraces, in principle, the right to dispose of the property

---

<sup>26</sup>Die vryheid van testateurs tot testamentêre beskikking vind egter steeds beslag in tradisionele of geykte regsfigure. Voorwaardes, termyne, lasbepalings, direkte of fideikommissêre substitusie, die trust en die vruggebruik kom byvoorbeeld geredelik in moderne testamente voor. 'n Testateur geniet egter die vryheid om hierdie regsfigure op sodanige wyse aan te wend dat sy betrokke omstandighede ten beste gedien word. Sien *Estate Maree v Redelinghuis* 1943 AA 547 551 maar ook *Estate Watkins-Pitchford v CIR* 1955 2 SA 437 (A) 453F.

<sup>27</sup>Corbett *et al* *Law of Succession* 33.

<sup>28</sup>Artikel 2 van Wet 23 van 1874 (Kaap); artikel 128 van Proklamasie 28 van 1902 (Transvaal); artikel 3, Hoofstuk 92 van die Wetboek van die Oranje-Vrystaat van 1892; Ordonnansie 18 van 1905 (Oranje-Vrystaat); artikel 3 van Wet 22 van 1863 (Natal) en Wet 7 van 1885 (Natal).

<sup>29</sup>In Rautenbach *et al* *Bill of Rights Compendium* 3G8.



owned (the *ius disponendi*) is indeed one of the basic tenets of the South African law of property. The power to dispose of one's property...includes disposal upon death by any of the means recognized by the law, including a last will."

Ten spyte van die standpunt in Hoofstuk 1 gestel dat die Suid-Afrikaanse reg in onlangse tye deur 'n gebrek aan grootskaalse wetgewende en regterlike vernuwing ten opsigte van testeervryheid gekenmerk word, het enkele resente verwikkelings tog die uitbouing van hierdie vryheid in die Suid-Afrikaanse reg in die hand gewerk. Die vernaamste gebeurtenis in hierdie verband is sekerlik die verwydering van die beperkings wat deur artikels 3 en 5 van die Wet op die Onderverdeling van Landbougrond<sup>30</sup> op testeervryheid gelê is, toe dié Wet in sy geheel deur die Wet op die Herroeping van die Wet op die Onderverdeling van Landbougrond<sup>31</sup> herroep is. Eersgenoemde Wet was veral teen die onekonomiese onderverdeling en fragmentering van landbougrond gerig<sup>32</sup> en het derhalwe die beperking van testeervryheid aan die hand van ekonomiese oorwegings ten doel gehad. In die huidige politieke en ekonomiese bestel blyk die ekonomiese grondslag van sodanige beperking nie meer ter sake te wees nie en testeervryheid is dus in hierdie verband dienooreenkomstig in ere herstel.

Absolute of onbelemmerde testeervryheid word egter nie in die Suid-Afrikaanse reg erken nie - dié vryheid is inderdaad aan verskeie beperkings onderhewig. Sommige beperkings is van gemeenregtelike oorsprong terwyl ander statutêr van aard is. Die beperkings word op sowel sosiale as ekonomiese oorwegings fundeer. Dit is kennelik die taak van die hof om in die onderhawige verband 'n gewenste balans te bewerkstellig deur enersyds testeervryheid te handhaaf en andersyds uitvoering te verleen aan die beperkings wat ten opsigte van dié vryheid geld. Hierdie oorweging word treffend deur twee *dicta* geïllustreer. In *Ex parte*

---

<sup>30</sup>Wet 70 van 1970.

<sup>31</sup>Wet 64 van 1998.

<sup>32</sup>*Van der Bijl v Louw* 1974 2 SA 493 (K) 499D-G, Sien ook *Gien v Gien* 1984 3 SA 54 (T).



*Strauss* erken regter-president De Beer eersgenoemde oorweging wanneer hy verklaar:<sup>33</sup>

"But whilst freedom of testation is recognised by the Legislature, it is the duty of the Court to protect and give effect to that freedom."

In *Robertson v Robertson's Executors* formuleer waarnemende hoofregter Innes die sogenaamde "goue reël" vir die interpretasie van testamente terwyl hy insgelyks die hof se taak ten opsigte van die balans tussen testeervryheid en die beperking daarvan verwoord:<sup>34</sup>

"The golden rule for the interpretation of testaments is to ascertain the wishes of the testator from the language used. And when these wishes are ascertained, the court is bound to give effect to them, unless we are prevented by some rule or law from doing so."

#### **4 2 2 Die onderlinge verband tussen testeervryheid en enkele ander elemente van die Suid-Afrikaanse testate erfreg**

In hierdie gedeelte word die Suid-Afrikaanse reg se benadering tot testeervryheid in perspektief geplaas deur dit ooreenkomstig die werkswyse in Afdeling A gevolg, met enkele ander elemente van die Suid-Afrikaanse testate erfreg in verband te bring. Hierdie elemente vervul soos in die gemene reg 'n bepaalde beskermingsfunksie ten opsigte van testeervryheid.<sup>35</sup> Die volgende elemente word ondersoek:<sup>36</sup>

- (a) testeerbevoegdheid;

---

<sup>33</sup>1949 3 SA 929 (O) 936.

<sup>34</sup>1914 AA 503 507.

<sup>35</sup>De Waal in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G6; De Waal 1997 *Stell LR* 169.

<sup>36</sup>Die onderhawige ondersoek geskied met verwysing na die regsposisie ingevolge die Wet op Testamente 7 van 1953. Testamente verly voor 1 Januarie 1954 val derhalwe buite die bestek van die bespreking.

- (b) die vrye en onbelemmerde aard van die testeerhandeling;
- (c) die delegasie van testeerbevoegdheid;
- (d) eksterne formalisme soos vergestalt in testamentêre verlydings- en wysigingsformaliteite sowel as die kondonasiebevoegdheid van die hoërhof;
- (e) kontraktuele erfopvolging;
- (f) die veranderlikheid en herroeplikheid van testamente; en
- (g) interne formalisme soos vergestalt in die interpretasie en rektifikasie van testamente asook die benadering tot die wysiging van die bepalinge van 'n testament na die dood van 'n testateur.

'n Omvattende ontleding van hierdie elemente val uiteraard buite die bestek van hierdie werk. Die onderhawige ondersoek word derhalwe beperk tot die relevansie van genoemde elemente vir die benadering tot testeervryheid in die Suid-Afrikaanse reg.

#### 4 2 2 1 *Testeerbevoegdheid*

Die Suid-Afrikaanse reg vereis dat 'n testateur oor die nodige testeerbevoegdheid moet beskik ten einde sy testeervryheid in 'n geldige testament uitdrukking te laat vind. Indien hierdie bevoegdheid ontbreek, is die testament soos in die gemene reg *ab initio* ongeldig.<sup>37</sup> Artikel 4 van die Wet op Testamente reël hierdie aangeleentheid soos volg:

"Elkeen wat sestien jaar of ouer is, kan 'n testament maak tensy hy wanneer hy die testament maak onbekwaam is om die aard en uitwerking van sy handeling te begryp en die bewyslas dat hy op daardie tydstip verstandelik onbekwaam was, rus op die persoon wat dit beweer."

Hierdie artikel beperk die testeerbevoegdheid van minderjariges onder die ouderdom van sestien jaar en persone wat verstandelik onbekwaam is om die aard en uitwerking van die testeerhandeling te begryp. Sodanige onbekwaamheid kan die gevolg wees van onder andere

<sup>37</sup>Corbett *et al* *Law of Succession* 63; Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 205; De Waal en Schoeman *Erfreg* 32. Sien 2 2 3 1 en 3 2 2 1 vir die gemeenregtelike posisie.



geestesongesteldheid,<sup>38</sup> dronkenskap of die invloed van dwelmmiddels<sup>39</sup> en hoë ouderdom of siekte.<sup>40</sup>

'n Vergelyking van artikel 4 met die gemeenregtelike posisie toon dat die wetgewer enersyds bepaalde toegewings ten gunste van testeervryheid gemaak het deur die gemeenregtelike beperking op testeerbevoegdheid van sekere kategorieë persone op te hef en andersyds testeervryheid verder beperk het deur die gemeenregtelike testeerbevoegdheid van ander kategorieë persone in te kort.

Gemeenregtelik kon doofstommes slegs in uitsonderingsgevalle 'n geldige testament verly terwyl die testament van verklaarde verkwisters slegs geldig was indien dit nie verkwistende neigings openbaar het nie. Ingevolge artikel 4 kan hierdie persone tans wel 'n geldige testament verly mits hulle oor die vereiste bekwaamheid beskik.<sup>41</sup> Beinart steun die toegewing wat ten opsigte van doofstommes gemaak is aangesien sodanige persone se liggaamlike gebrek hulle nie noodwendig verstandelik onbekwaam maak om die aard en uitwerking van die testeerhandeling te besef nie.<sup>42</sup> Die skrywer betreur egter die afwyking van die gemene reg ten opsigte van verklaarde verkwisters juis omdat dit na sy mening die beginsel van testeervryheid te ver voer deurdat die deur tot die misbruik van testamente vir verkwistende doeleindes sodoende geopen word.<sup>43</sup> Barnard *et al* voel hulle eens met Beinart en doen aan die hand dat wetgewing daargestel moet word wat die verkwister sy testeerbevoegdheid (en derhalwe ook sy testeervryheid) ontnem tensy toestemming van die hof of die meester tot die maak van 'n testament verkry is.<sup>44</sup>

---

<sup>38</sup>*Rapson v Putterill* 1913 AA 417; *Geldenuys v Borman* 1990 1 SA 161 (O).

<sup>39</sup>*Corbett et al Law of Succession* 65; De Waal en Schoeman *Erfreg* 33.

<sup>40</sup>*Tregea v Godart* 1939 AA 16; *Essop v Mustapha & Essop* 1988 4 SA 213 (D).

<sup>41</sup>*Corbett et al Law of Succession* 68; Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 211; De Waal en Schoeman *Erfreg* 33.

<sup>42</sup>1953 *SALJ* 282.

<sup>43</sup>1953 *SALJ* 283.

<sup>44</sup>*Die Suid-Afrikaanse Persone- en Familiereg* 139.



Gemeenregtelik kon minderjariges bo die puberteitsouderdom (twaalf jaar vir meisies en veertien jaar vir seuns) daarenteen sonder enige bystand van 'n ouer of voog 'n geldige testament verly. Artikel 4 skuif hierdie ouderdomsgrens na sestien jaar op en geen onderskeid word langer op grond van geslag getref nie. Die gemeenregtelike testeerbevoegdheid en -vryheid van minderjariges tussen die puberteitsouderdom en die nuwe ouderdomsgrens van sestien jaar verval derhalwe. Die rede vir hierdie afwyking van die gemene reg is onduidelik. Beinart gee in oorweging dat die wetgewer moontlik bedag was op die ouderdom waarop 'n vrou in die huwelik kan tree.<sup>45</sup>

'n Testateur se testeerbevoegdheid kan wel verval as gevolg van adiasie ingevolge 'n wederkerige testament waarin boedelsamesmelting bewerkstellig is asook in terme van 'n *pactum successorium* beliggaam in 'n huweliksvoorwaardekontrak. Sodanige testateur se testeervryheid word dienooreenkomstig aan bande gelê.<sup>46</sup> Enige ander poging deur 'n testateur om van sy testeerbevoegdheid afstand te doen, sal waarskynlik oneffektief wees omdat dit 'n ongeregverdigde beperking van testeervryheid daarstel.<sup>47</sup>

Die beskermingsfunksie wat testeerbevoegdheid ten opsigte van testeervryheid in die gemene reg vervul het, geld ongetwyfeld steeds in die Suid-Afrikaanse reg, naamlik dat dit testeeronbevoegde testateurs teen die onverantwoordelike en onoordeelkundige uitoefening van testeervryheid beskerm.

#### 4 2 2 2 *Die vrye en onbelemmerde aard van die testeerhandeling*

Testeervryheid in die Suid-Afrikaanse reg impliseer soos in die gemene reg kennelik dat die testeerhandeling uit 'n vrye en onbelemmerde wilsverklaring moet bestaan.<sup>48</sup> Beinart stel

---

<sup>45</sup>1953 *SALJ* 282.

<sup>46</sup>Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 210; 211-212. Sien 4 2 2 5 ten opsigte van die *pactum successorium* en 4 2 2 6 ten opsigte van boedelsamesmelting.

<sup>47</sup>Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 212.

<sup>48</sup>Sien 2 2 3 2 en 3 2 2 2 vir die gemeenregtelike posisie.



dit soos volg:<sup>49</sup>

"It is clear law that a will, before it can be given effect to as such, must be a conscious, serious and deliberate statement of intention...There must be a serious and complete and final act of testation."

Enige aantasting van 'n testateur se vrye wilsverklaring tydens die verlyding van sy testament kan derhalwe die ongeldigheid van die testament tot gevolg hê.<sup>50</sup> Die faktore wat gewoonlik in verband met sodanige aantasting ter sprake kom, is onbehoorlike beïnvloeding, dwang of vreesaanjaging, bedrog en dwaling. Hierdie faktore word vervolgens kortliks ontleed.

Onbehoorlike beïnvloeding word met 'n beroep op die gemene reg soos volg deur appèlregter Steyn in *Spies v Smith* binne die konteks van die testate erfreg beskryf:<sup>51</sup>

"[D]it [wil] dus blyk dat 'n uiterste wilsbeskikking wel ongeldig verklaar kan word waar die testateur deur kunsgrepe van so 'n aard dat hul, uit hoofde van hul uitwerking, met die uitoefening van dwang of bedrog gelyk gestel dien te word, tot 'n erflating beweeg is wat hy anders nie sōu gedoen het nie en wat dientengevolge eerder aan 'n ander se wil as sy eie, uitdrukking gee. In so 'n geval het ons te doen nie met die egte wil van die erflater nie, maar met 'n wilsonderskuiwing, en word die wilsbeskikking nie in stand gehou nie."

Indien sodanige wilsonderskuiwing inderdaad plaasvind, is daar uiteraard nie van 'n vrye testeerhandeling deur die testateur sprake nie - sy wilsverklaring word eerder deur dié van die beïnvloeder vervang. Om te bepaal of onbehoorlike beïnvloeding wel in 'n gegewe situasie voorgekom het, word die omstandighede van die geval in ag geneem met verwysing

---

<sup>49</sup>1959 *Acta Juridica* 200.

<sup>50</sup>Corbett *et al Law of Succession* 81; De Waal en Schoeman *Erfreg* 34.

<sup>51</sup>1957 1 SA 539 (A) 547C-D. Sien ook *Executors of Cerfonteyn v O'Haire* (1873) Buch 47; *Craig v Lamoureux* [1920] AC 349; *Finucane v MacDonald* 1942 KPA 19; *Millward v Glaser* 1949 4 SA 931 (A); *Kirsten v Bailey* 1976 4 SA 108 (K).



na onder andere die testateur se geestestoestand, sy vermoë om die beïnvloeding te weerstaan, die verhouding tussen die testateur en die beweerde beïnvloeder en die tydperk tussen testamentsverlyding en die dood van die testateur.<sup>52</sup>

Soos blyk uit die aangehaalde *dictum* uit *Spies v Smith* kan 'n testament voorts ongeldig verklaar word indien dit as gevolg van dwang of vreesaanjaging verly is.<sup>53</sup> Sodanige testament bevat eweneens nie die vrye wilsverklaring van die betrokke testateur nie maar eerder dié van die persoon verantwoordelik vir die dwang of vreesaanjaging. Testamente wat as gevolg van bedrog verly is, word op soortgelyke wyse benader.<sup>54</sup>

Dwaling kan in bepaalde omstandighede ook die ongeldigheid van 'n testament tot gevolg hê. Indien *animus testandi* aan die kant van 'n testateur deur dwaling negeer word, is die betrokke testament inderdaad ongeldig aangesien 'n ernstige en oorwoë bedoeling by die testateur om 'n testament te verly, sodoende te kort skiet.<sup>55</sup> 'n Foutiewe feitlike aanname deur 'n testateur of 'n vergissing aan die kant van 'n testateur omtrent die regsgevolge van 'n bemaking, verteenwoordig egter 'n dwaling wat verband hou met beweegrede (*causa*) en tas nie sonder meer die geldigheid van 'n testament aan nie.<sup>56</sup>

Die aandrang op 'n vrye en onbelemmerde testeerhandeling vervul in die Suid-Afrikaanse reg 'n soortgelyke beskermingsfunksie ten opsigte van testeervryheid as in die gemene reg. Hierdie vryheid kom naamlik slegs tot sy reg indien 'n testament die ware en oorwoë bedoeling van 'n testateur beliggaam. Enige onbehoorlike, bedrieglike of gedwonge vervanging van 'n testateur se wense deur dié van 'n ander of die afwesigheid van *animus testandi* bring hierdie beginsel in gedrang en dien derhalwe as regverdiging vir die

---

<sup>52</sup>Corbett *et al Law of Succession* 86; De Waal en Schoeman *Erfreg* 35.

<sup>53</sup>Corbett *et al Law of Succession* 85; De Waal en Schoeman *Erfreg* 35.

<sup>54</sup>Corbett *et al Law of Succession* 85.

<sup>55</sup>Corbett *et al Law of Succession* 83; De Waal en Schoeman *Erfreg* 36.

<sup>56</sup>*Abdoola Abdool v Chotanbhai* 1918 NPA 279; *Johnstone's Executrix v The Master* 1919 TPA 112; Corbett *et al Law of Succession* 83-85; De Waal en Schoeman *Erfreg* 36.



ongeldigheid waarmee testamente getref word wat onder sodanige gebreke gebuk gaan.

#### 4 2 2 3 *Die delegasie van testeerbevoegdheid*

Die Suid-Afrikaanse reg vereis in navolging van die gemene reg dat 'n testateur sy testeerbevoegdheid self moet uitoefen en dit nie aan 'n ander kan deleger om dit namens hom te doen nie.<sup>57</sup> Cronjé en Roos verduidelik die onderskeid tussen die uitoefening van testeerbevoegdheid en die delegasie daarvan soos volg:<sup>58</sup>

"Indien 'n testateur bepaal dat haar erfgename die erfgename van A is, oefen die testateur self haar testeerbevoegdheid uit en dit sal later bloot vasstaan wie die erfgename sal wees. Dit is dus nie eers nodig dat A bewus moet wees van die testateur se bepaling nie. Indien die testateur egter bepaal dat A haar (die testateur se) erfgename moet aanwys, deleger sy haar testeerbevoegdheid en sal sodanige delegasie net geldig wees as dit binne een van die erkende uitsonderingsgevalle val en ook geldig uitgeoefen word."

Die erkende uitsonderingsgevalle waarna in die aanhaling verwys word, is hoofsaaklik op gemeenregtelike lees geskoei. Die eerste uitsondering kom binne die konteks van bemakings met 'n liefdadigheids oogmerk (*piae causae*) voor. Die trustee van 'n liefdadigheidstrust kan byvoorbeeld met 'n diskresie beklee word om begunstigdes of doelstellings binne die breë liefdadigheids oogmerk van 'n testateur te identifiseer.<sup>59</sup> Die tweede uitsondering is die verlening van 'n bemakingsbevoegdheid. Sodanige bevoegdheid word soos volg deur Corbett *et al* omskryf:<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup>*Estate Watkins-Pitchford v CIR* 1955 2 SA 437 (A) 458H; Corbett *et al* *Law of Succession* 108; 368-369; Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 212; De Waal en Schoeman *Erfreg* 36. Sien 2 2 3 3 en 3 2 2 3 vir die gemeenregtelike posisie.

<sup>58</sup>*Erfreg Vonnisbundel* 131.

<sup>59</sup>*Ex parte Henderson* 1971 4 SA 549 (D) 553B-G.

<sup>60</sup>*Law of Succession* 369. Sien ook *Estate Watkins-Pitchford v CIR* 1955 2 SA 437 (A) 453B.



"A testamentary power of appointment is a provision in a will whereby the testator confers upon a person the power to dispose of the property of the testator either by nominating beneficiaries to the property or by apportioning their shares or by determining the method by which they should benefit."

Aanvanklik is in navolging van die gemene reg geleer dat 'n bemakingsbevoegdheid slegs binne die konteks van 'n *fideicommissum* aan 'n *fiduciarius* toegeken kan word.<sup>61</sup> Met verloop van tyd is aanvaar dat 'n bemakingsbevoegdheid ook 'n vruggebruiker<sup>62</sup> en die trustee van 'n testamentêre trust<sup>63</sup> kan toekom.

Die reël wat die delegasie van testeerbevoegdheid verbied, funksioneer kennelik ten einde te verseker dat sodanige bevoegdheid inderdaad deur die betrokke testateur self uitgeoefen word. Testeerbevoegdheid en derhalwe ook testeervryheid kom ongetwyfeld in gedrang indien testamentêre beskikking geredelik van die diskresie van derdes afhanklik is. Die uitsonderings op die onderhawige reël is egter tekenend van die soepelheid waarmee die Suid-Afrikaanse reg met testeerbevoegdheid en testeervryheid omgaan. Die uitsonderings word soos in die gemene reg deur beleids- en praktiese oorwegings fundeer aangesien die effektiewe verdeling van bates daardeur in die hand gewerk word. In hierdie verband is die regsontwikkeling ten opsigte van die voorheen onbekende toekenning van 'n bemakingsbevoegdheid aan die trustee van 'n testamentêre trust in *Braun v Blann and Botha* veral insiggewend. Appèlregter Joubert argumenteer soos volg:<sup>64</sup>

"It is one of the functions of our law to keep pace with the requirements of

---

<sup>61</sup>*Union Government (Minister of Finance) v Olivier* 1916 AA 74 89-90; *De Villiers v Estate De Villiers* 1929 KPA 106 110; *Westminster Bank Ltd v Zinn* 1938 AA 57 66; *Lindsay's Estate v McBride's Curator* 1939 KPA 426 433-434.

<sup>62</sup>*Estate Watkins-Pitchford v CIR* 1955 2 SA 437 (A) 453G-454E; *CIR v Lukin's Estate* 1956 1 SA 617 (A) 623B-H; *Estate Orpen v Estate Atkinson* 1966 4 SA 589 (A) 594A-E.

<sup>63</sup>*Braun v Blann and Botha* 1984 2 SA 850 (A) 867A; *Administrators, Estate Richards v Nichol* 1996 4 SA 253 (K) 259B-I.

<sup>64</sup>1984 2 SA 850 (A) 866H-867A.



changing conditions in our society. To recognize the validity of conferring our common law powers of appointment on trustees to select income and/or capital beneficiaries... would be a salutary development of our law of trusts and would not be in conflict with the principles of our law. The approach of our Courts is to apply the principles of our law to the development of our law of trusts."

Hierdie standpunt open egter nie sonder meer die deur vir onbeperkte delegasie van testeerbevoegdheid aan die trustee van 'n testamentêre trust nie. Sodanige trustee kan naamlik slegs sy diskresie uitoefen ten opsigte van 'n groep persone wat vooraf deur die testateur bepaal is.<sup>65</sup> Ten opsigte van testeervryheid is die onderhawige regsposisie klaarblyklik 'n poging tot 'n balans tussen enersyds die oorweging dat testeervryheid beskerm moet word en andersyds die oorweging dat sommige ingrepe ten opsigte van testeervryheid wel aan die hand van beleids- en praktiese oorwegings regverdig kan word.

#### 4 2 2 4      ***Eksterne formalisme: testamentêre verlydings- en wysigingsformaliteite en die kondonasiebevoegdheid van die hoërhof***

Die formaliteite vir die verlyding en wysiging van testamente word vervat in artikel 2(1)(a) en (b) van die Wet op Testamente.<sup>66</sup> Artikel 2 bepaal onomwonde dat die geldige verlyding of wysiging van testamente na 1 Januarie 1954 slegs kan geskied langs die weg van die nakoming van die voorgeskrewe formaliteite. Bogenoemde formaliteite in die algemeen en verlydingsformaliteite in die besonder vervul soos in die gemene reg 'n belangrike funksie deur 'n skans teen bedrog te verskaf en sodoende te verseker dat testamente die ware, egte en vrye wilsverklarings van testateurs bevat.<sup>67</sup> Op hierdie wyse word ook effektiewe

---

<sup>65</sup>*Braun v Blann and Botha* 1984 2 SA 850 (A) 866H-867A.

<sup>66</sup>Sien onder andere Corbett *et al* *Law of Succession* 49-57; 60-62 asook De Waal en Schoeman *Erfreg* 41-55; 57-62 vir 'n volledige bespreking van hierdie artikel.

<sup>67</sup>*Ex parte Sewnanden: in re Estate Poolbussia* 1948 1 SA 539 (D) 543; 544; *Stemmett v Die Meester* 1957 3 SA 404 (K) 409E; *Ex parte Sookoo: in re Estate Dularie* 1960 4 SA 249 (D) 252A; *Ex parte Naidu* 1958 1 SA 719 (D) 723B; *Radley v Stopforth* 1976 1 SA 378 (T) 385D-E; *In re Jennett* 1976 1 SA 580 (A) 583G-H; *Tsha-*



beskerming aan testeervryheid verleen.

Die aandrang op die nakoming van vermelde formaliteite hou ten opsigte van testeervryheid egter twee ooglopende nadele in. Die eerste is dat die gebrekkige nakoming van formaliteite noodwendig die ongeldigheid van 'n testament meebring ten spyte van die feit dat die betrokke testateur se bedoeling ten opsigte van die verdeling van sy nalatenskap na sy dood duidelik uit sodanige testament blyk. Kahn verklaar derhalwe in hierdie verband:<sup>68</sup>

"[T]he law of wills has the main objective of giving expression to freedom of testation...in the area in which rules of law permit free disposition of property by testament, the wishes of the testator should not be frustrated by the erection of unnecessary hurdles. Formalities are a hurdle."

Die noodwendige ongeldigheid wat in weerwil van die ware bedoeling van 'n testateur op 'n formele tekortkoming in 'n testament volg, het in die verlede tot groot frustrasie by regsprekers gelei. Daar kan met twee voorbeelde in hierdie verband volstaan word. In *The Leprosy Mission v The Master* laat regter Corbett hom soos volg oor die aangeleentheid uit:<sup>69</sup>

"I recognise that this is a hard case in the sense that on the evidence of the various witnesses there does not appear to be any doubt that the document in question genuinely represents the last will of the testatrix and in that invalidity will result in worthy beneficiaries being deprived of substantial bequests. Nevertheless, there are important questions of legislative policy and principle at stake which transcend the equities of the particular case...it is...important that legislative rules designed to ensure solemnity or to obviate uncertainty or fraud be maintained in their full integrity."

---

*balala v Tshabalala* 1980 1 SA 134 (O) 136H-137A; *Philip v The Master* 1980 2 SA 934 (D) 937F; *Logue v The Master* 1995 1 SA 199 (N) 202E. Sien 2 2 3 4 en 3 2 2 4 vir die gemeenregtelike posisie.

<sup>68</sup>In *Van der Westhuizen et al Huldigingsbundel Paul van Warmelo* 133.

<sup>69</sup>1972 4 SA 173 (K) 184H.



Regter Kannemeyer sluit in *Kidwell v The Master* soos volg hierby aan:<sup>70</sup>

"Even though, on the facts mentioned in the founding and supporting affidavits, I am satisfied that the document was intended by the testator to be his last will...the document does not comply with the formalities laid down by s2(1)(a)(i) of the Act and therefore it is not a valid will...The conclusion to which I have come is unfortunate for the applicant and may frustrate the testator's intention. This is the result of a failure to observe a statutory requirement for the validity of wills which is peremptory."

Die tweede nadeel is geleë in wat Kahn "juridiese skisofrenie" noem - die ongeldigheid wat op die gebrekkige nakoming van tersaaklike verlydingsformaliteite volg, het noodwendig intestate vererwing van die betrokke boedelbates tot gevolg ten spyte van die feit dat die Suid-Afrikaanse erfreg testate vererwing bo intestate vererwing begunstig.<sup>71</sup>

Ten einde hierdie probleme te ondervang, het die Suid-Afrikaanse Regskommissie aanbeveel dat 'n bevoegdheid aan die hoërhof verleen moet word om die nie-nakoming van die voorgeskrewe formaliteitsvereistes te kondoneer indien die hof van mening is dat die testateur die betrokke dokument inderdaad as testament bedag het.<sup>72</sup> Die voorstelle van die kommissie is deur die wetgewer aanvaar en vervat in artikel 2(3) van die Wet op Testamente. Die subartikel lui soos volg:

"Indien 'n hof oortuig is dat 'n dokument of die wysiging van 'n dokument wat opgestel of verly is deur 'n persoon wat sedert die opstel of verlyding

---

<sup>70</sup>1983 1 SA 509 (OK) 513H en 514F. Sien ook *Harpur v Govindamall* 1993 4 SA 751 (A) 764D; *Logue v The Master* 1995 1 SA 199 (N) 202E-F.

<sup>71</sup>In *Van der Westhuizen et al Huldigingsbundel Paul van Warmelo* 134. Sien ook *Oldfield v The Master* 1971 3 SA 445 (N) 449D-E; *Arendse v The Master* 1973 3 SA 333 (K) 357E.

<sup>72</sup>Werkstuk 14, Projek 22 *Hersiening van die Erfreg: Testamentsformaliteite* soos bekend gestel by Kennisgewing 710 van die *Staatskoerant* 17 Oktober 1986; *Verslag oor Hersiening van die Erfreg* van Junie 1991.



daarvan oorlede is, bedoel was om sy testament of 'n wysiging van sy testament te wees, gelas die hof die Meester om daardie dokument, of die dokument soos gewysig, vir doeleindes van die Boedelwet, 1965 (Wet 66 van 1965), as testament te aanvaar ofskoon dit nie aan al die vormvereistes vir die verlyding of wysiging van testamente bedoel in subartikel (1) voldoen nie."

Artikel 2(3) verplig 'n hof om die gepaste bevel aan die meester te gee indien die essensiële elemente van die subartikel teenwoordig is, naamlik dat die tersaaklike dokument opgestel of verly is deur 'n persoon wat sedertdien oorlede is, welke persoon die dokument as sy/haar testament bedag het.<sup>73</sup> Regter Booysen formuleer die oogmerk van artikel 2(3) soos volg in *Logue v The Master*:<sup>74</sup>

"It is apparent...that the Legislature, whilst still providing for formalities to ensure authenticity and to eliminate false or forged wills, nevertheless intended that failure to comply with the formalities should not frustrate or defeat the genuine intention of testators."

Artikel 2(3) verteenwoordig kennelik 'n klemverskuiwing vanaf vorm na inhoud binne die sfeer van die testate erfreg sonder om heeltemal met formaliteite weg te doen. Op hierdie wyse word die twee nadele ten opsigte van testeervryheid waarop hierbo gewys is, effektiewelik besweer - testateurs se egte en vrye wilsverklarings word gehandhaaf ten spyte van die gebrekkige nakoming van tersaaklike formaliteite en "ongewenste" intestate vererwing word terselfdertyd verhoed.

---

<sup>73</sup>*Ex parte Maurice* 1995 2 SA 713 (K) 715H; *Back v The Master* [1996] 2 All SA 161 (K) 167g-h.

<sup>74</sup>1995 1 SA 199 (N) 203F. Sien ook *Stolz ID v The Master* 1994 2 PH G2 (OK); *Ex parte Maurice* 1995 2 SA 713 (K) 716H; *Webster v The Master* 1996 1 SA 34 (D) 41F; *Back v The Master* [1996] 2 All SA 161 (K) 167h-j; *Anderson and Wagner v The Master* 1996 3 SA 779 (K) 785B-C; *Henwick v The Master* [1996] 4 All SA 440 (K) 447g-h; Kahn *Law of Succession Supplement* 30; Du Toit 1996 *THRHR* 472; Van der Linde 1996 *De Jure* 393-394.



#### 4 2 2 5      *Kontraktuele erfopvolging*

Die bekende omskrywing van die *pactum successorium* in die Suid-Afrikaanse reg word verskaf deur appèlregter Rabie in *Borman en De Vos v Potgietersrusse Tabakkorporasie*.<sup>75</sup>

"'n *Pactum successorium* (of *pactum de succedendo*) is, kort gestel, 'n ooreenkoms waarin die partye die vererwing (*successio*) van die nalatenskap (of van 'n deel daarvan, of van 'n bepaalde saak wat deel daarvan uitmaak) van een of meer van die partye ná die dood (*mortis causa*) van die betrokke party of partye reël."

Die hof verskaf ook die volgende voorbeelde van sodanige ooreenkomste:<sup>76</sup>

- (a) A en B kom ooreen om mekaar oor en weer as erfgename in te stel.
- (b) A en B kom ooreen dat A sy nalatenskap (of 'n deel daarvan) aan B sal bemaak.
- (c) A en B kom ooreen dat A sy nalatenskap (of 'n deel daarvan of 'n bepaalde saak wat aan hom behoort) aan C sal bemaak.<sup>77</sup>

Sodanige ooreenkomste word in die Suid-Afrikaanse reg met afkeer bejeën en in beginsel met ongeldigheid getref.<sup>78</sup> Hierdie benadering verleen in navolging van die Romeinse en Romeins-Hollandse reg beskerming aan testeervryheid op grond van die oorweging dat 'n *pactum successorium* wat vanaf kontraksluiting bindend en onherroeplik is, 'n ongeregverdigde beperking van testeervryheid tot gevolg het en derhalwe as onafdwingbaar

---

<sup>75</sup>1976 3 SA 488 (A) 501B.

<sup>76</sup>1976 3 SA 488 (A) 501C.

<sup>77</sup>Sien ook Corbett *et al Law of Succession* 32; Hutchison 1983 *SALJ* 222.

<sup>78</sup>*Borman en De Vos v Potgietersrusse Tabakkorporasie* 1976 3 SA 488 (A) 501D; Corbett *et al Law of Succession* 31; Hutchison 1983 *SALJ* 221.



of selfs *contra bonos mores* aangemerkt kan word.<sup>79</sup> Die Suid-Afrikaanse reg erken in navolging van die Romeinse en Romeins-Hollandse reg egter wel die *donatio mortis causa* en die *pactum successorium* vervat in 'n huweliksvoorwaardekontrak as geldige verskyningsvorme van kontraktuele erfopvolging.<sup>80</sup>

Dit is kennelik moeilik om te bepaal of 'n gegewe ooreenkoms inderdaad 'n ongeldige *pactum successorium* daarstel al dan nie. In die *Borman*-saak doen appèlregter Rabie aan die hand dat die beperking van testeervryheid as toets gebruik word ten einde 'n ongeldige *pactum successorium* te identifiseer - indien die betrokke ooreenkoms een of beide kontrakspartye se testeervryheid beperk of aan bande lê, kan dit as 'n *pactum successorium* gebrandmerk word.<sup>81</sup> Hierdie is egter nie die enigste toets wat al deur die hof in die onderhawige ondersoek toegepas is nie. Ingevolge die sogenaamde "vestigingstoets" is 'n beskikking *inter vivos* indien die voordeel ingevolge die ooreenkoms onmiddellik of voor die gewer se dood in die begunstigde vestig, al word die gebruik of genot daarvan tot na die gewer se dood uitgestel. Sodanige ooreenkoms is nie 'n ongeldige *pactum successorium* nie. Indien die voordeel egter ingevolge die ooreenkoms eers na die gewer se dood in die begunstigde vestig, is dit 'n beskikking *mortis causa* en is die ooreenkoms 'n ongeldige *pactum successorium*.<sup>82</sup>

<sup>79</sup>*Borman en De Vos v Potgietersrusse Tabakkorporasie* 1976 3 SA 488 (A) 502H; *Ex parte Calderwood: In re Estate Wixley* 1981 3 SA 727 (Z) 735D-E; *McAlpine v McAlpine* 1997 1 SA 736 (A) 747E; 751C; *Corbett et al Law of Succession* 32; *Hutchison* 1983 SALJ 221. Sien 2 2 3 5 en 3 2 2 5 vir die gemeenregtelike posisie.

<sup>80</sup>Sien ten opsigte van die *donatio mortis causa* *Meyer v Rudolph's Executors* 1918 AA 70; *Oost v Reek en Snideman* 1967 1 SA 472 (T); *Ex parte Calderwood: in re Estate Wixley* 1981 3 SA 727 (Z) en ten opsigte van die *pactum successorium* in 'n huweliksvoorwaardekontrak vervat *Ladies' Christian Home v SA Assosiation* 1915 KPA 467; *Ex parte Executors Estate Everard* 1938 TPA 190 en in die algemeen *Corbett et al Law of Succession* 31-32; Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 595-605.

<sup>81</sup>1976 3 SA 488 (A) 501H; 502H; 504F; 508A.

<sup>82</sup>*Keeve v Keeve* 1952 1 SA 619 (O) 623C-624G; *Varkevisser v Estate Varkevisser* 1959 4 SA 196 (SR) 199A-G; *Erasmus v Havenga* 1979 3 SA 1253 (T) 1259E-H; *Ex parte Calderwood: In re Estate Wixley* 1981 3 SA 727 (Z) 735A-B. Sien Rautenbach 1998 *THRHR* 652-653 vir kritiek op die toepassing van die vestigingstoets. Rautenbach betoog, aan die hand van die benadering gevolg in die minderheidsuitspraak in *McAlpine v McAlpine* 1997 1 SA 736 (A), dat die bedoeling van die



Hutchison wys in sy reaksie op die *Borman*-uitspraak daarop dat bogenoemde twee toetse nie wedersyds uitsluitend is nie. Die skrywer argumenteer dat 'n kontraksparty se testeervryheid slegs beperk word indien die betrokke ooreenkoms sodanige party onherroeplik verbind tot 'n *post mortem*-oorgang van die reg op 'n bate in sy boedel.<sup>83</sup> Ten einde 'n *pactum successorium* daar te stel, moet die betrokke ooreenkoms derhalwe eerstens onherroeplik wees (welke eienskap die grondslag vir nietigheid van die ooreenkoms verskaf aangesien dit 'n beperking van testeervryheid impliseer) en tweedens *post mortem*-vestiging van die reg op 'n bate in die boedel van 'n kontraksparty bewerkstellig (welke eienskap aan die *pactum successorium* sy testamentêre karakter verskaf).<sup>84</sup> In *Jubelius v Griesel* aanvaar regter Fagan in navolging van Hutchison se ontleding van die regsposisie die "vestigingstoets" as die mees bruikbare toets ter identifisering van 'n ongeldige *pactum successorium*.<sup>85</sup> Regter Fagan pas egter in navolging van die *Borman*-saak ook die beperking van testeervryheid (klaarblyklik as alternatiewe) toets toe ter beantwoording van die vraag of 'n ongeldige *pactum successorium* hom op die feite van die saak voorgedoen het. Sodanige werkwyse is aan kritiek onderwerp aangesien die vestiging van regte en die beperking van testeervryheid in die onderhawige verband eerder aanvullend as in die alternatief funksioneer.<sup>86</sup>

Hutchison opper na sy ontleding van die regsposisie die vraag of die tyd nie ryp is vir die heroorweging van bogenoemde rol van testeervryheid ten opsigte van die *pactum successorium* nie. Die fundamentele beswaar wat Hutchison teen die bestaande regsposisie opper, het betrekking op die korrektheid van die uitgangspunt dat alle *pacta successoria* ongewens is bloot omdat dit testeervryheid beperk. Die skrywer gee in oorweging dat die sosiale of ekonomiese nuttigheidswaarde van sekere *pacta successoria* as regverdiging (kan) dien vir die erkenning van sodanige ooreenkomste ten spyte van die feit dat dit 'n beperkende

---

kontrakspartye te dien effek (al dan nie) die bepalende oorweging moet wees wanneer die identifikasie van 'n *pactum successorium* te berde kom.

<sup>83</sup>1983 *SALJ* 231; 237.

<sup>84</sup>1983 *SALJ* 230; 237.

<sup>85</sup>1988 2 SA 610 (K) 623C-H.

<sup>86</sup>Radesich en Roos 1988 *TSAR* 574; Hutchison 1989 *SALJ* 6; Rautenbach 1998 *THRHR* 653. Sien ook *McAlpine v McAlpine* 1997 1 SA 736 (A) 751C-D.



uitwerking op testeervryheid het.<sup>87</sup> Die skrywer gebruik erfopvolgingsbedinge wat dikwels in vennootskapsooreenkomste voorkom as voorbeeld - sodanige ooreenkomste is nuttig vir die handelsverkeer maar is in die verlede meermale as *pacta successoria* gebrandmerk en derhalwe ongeldig verklaar op grond van die oorweging dat dit testeervryheid beperk.<sup>88</sup> Hutchison voer die volgende redes aan waarom heroorweging van die bestaande regsposisie gewens is:<sup>89</sup>

- (a) Die Suid-Afrikaanse reg erken inderdaad die beperking van testeervryheid in bepaalde gevalle op grond van sosio-ekonomiese oorwegings. Die reëlings ingevolge die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades<sup>90</sup> wat in sekere omstandighede 'n eis vir onderhoud aan 'n oorlewende gade teen die boedel van 'n oorlede gade verleen, is 'n goeie voorbeeld in hierdie verband.<sup>91</sup>
- (b) Heelwat ander regstelsels erken kontraktuele erfopvolging op onder andere handelsterrein indien die betrokke ooreenkoms aan voorgeskrewe verlydings-formaliteite voldoen.<sup>92</sup>
- (c) Slaafse navolging van testeervryheid in die onderhawige verband is in stryd met die

---

<sup>87</sup>1983 *SALJ* 238.

<sup>88</sup>Sien byvoorbeeld *Erasmus v Havenga* 1979 3 SA 1253 (T). Vergelyk ook die feite van *McAlpine v McAlpine* 1997 1 SA 736 (A) ten opsigte van 'n aandeeltransaksie en die hof se vraag op 7531 of 'n verslapping van die reël wat *pacta successoria* met ongeldigheid tref nie oorweeg moet word wanneer die betrokke *pactum* deel van 'n "groter kommersiële transaksie" vorm nie.

<sup>89</sup>1983 *SALJ* 238-239.

<sup>90</sup>Wet 27 van 1990.

<sup>91</sup>Let daarop dat Wet 27 van 1990 eers sewe jaar na Hutchison se artikel op die wetboek verskyn het. Die skrywer verwys wel na die nadelige posisie waarin 'n behoefte oorlewende gade hom/haar voor inwerkingtreding van dié Wet bevind het as gevolg van die feit dat die Suid-Afrikaanse reg die vryheid van een gade om 'n ander te onterf, ten volle onderskraag het. Sien 4 3 1 2 ten opsigte van Wet 27 van 1990.

<sup>92</sup>Sien die voorbeelde genoem deur Joubert 1962 *THRHR* 108-111.



beginsel van kontraktevryheid. Hierdie twee beginsels moet noodwendig in die onderhawige verband teen mekaar afgeweg word. Die vraag kan met reg gevra word waarom kontraktevryheid voor testeervryheid moet swig? Die rede wat tradisioneel in hierdie verband aangevoer word, bepaal dat testeervryheid meer beskermingswaardig is aangesien *pacta successoria* op dieselfde wyse as ooreenkomste wat dwangarbeid ten doel het en kontrakte ter beperking van handelsvryheid inmeng met die vrye uitoefening van 'n kontraksparty se "regte en bevoegdhede". Lubbe en Murray spreek egter twyfel uit omtrent die korrektheid van hierdie benadering en verklaar dat oortuigende moderne redes vir die handhawing van testeervryheid in die onderhawige verband elders gesoek moet word maar klaarblyklik moeilik te vind is.<sup>93</sup>

In die lig van bogenoemde oorwegings word aan die hand gedoen dat Suid-Afrikaanse regshervormers ernstige oorweging moet skenk aan die erkenning van *pacta successoria* buiten die twee gevalle wat tradisioneel as geldig gereken word.<sup>94</sup> Sodanige erkenning behoort verkieslik statutêre beslag te kry. Indien die tersaaklike *pacta successoria* tot bepaalde kommersiële transaksies beperk word, is dit vir die wetgewer gerade om 'n toepaslike definisie van die betrokke transaksies te formuleer. Laastens word aanbeveel dat statutêre voorsiening gemaak word vir verlydingsformaliteite waaraan die tersaaklike *pacta successoria* moet voldoen ten einde die regsgeldigheid daarvan te verseker en sodoende as skans teen bedrog te dien.

Die *pactum de non succedendo* word in die Suid-Afrikaanse reg omskryf as 'n ooreenkoms ingevolge waarvan 'n kontraksparty onderneem om afstand te doen van die hoop of verwagting om in die toekoms van 'n ander te erf.<sup>95</sup> In navolging van die Romeinse en Romeins-Hollandse reg word die *pactum de non succedendo* in die Suid-Afrikaanse reg as

---

<sup>93</sup>Contract 239. Sien ook Rautenbach 1998 *THRHR* 654-655; 656.

<sup>94</sup>Sien die verwysing na die *donatio mortis causa* en *pactum successorium* vervat in 'n huweliksvoorwaardekontrak hierbo.

<sup>95</sup>Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 594; De Waal en Schoeman *Erfreg* 165.



verskyningsvorm van die *pactum successorium* behandel en derhalwe met ongeldigheid getref.<sup>96</sup> Hierdie benadering is al meermale gekritiseer. Enersyds het die *pactum de non succedendo* nie soos die *pactum successorium* betrekking op 'n nalatenskap nie maar eerder op 'n verwagting om te erf (*spes hereditatis*). Sodanige verwagting is nie 'n regsobjek waaroor kontraktueel beskik kan word nie.<sup>97</sup> Andersyds bestaan geen beleidsredes vir bogenoemde benadering tot die *pactum de non succedendo* nie aangesien sodanige ooreenkoms nóg inbreuk maak op testeervryheid nóg 'n omseiling van testamentsformaliteite daarstel.<sup>98</sup> Die gemeenregtelike standpunt wat ongeldigheid van die *pactum de non succedendo* fundeer het op die oorweging dat dit *contra bonos mores* is om voor 'n persoon se dood oor sy nalatenskap te beskik, is in die moderne reg kennelik onvanpas. Die tyd is derhalwe ryp vir die heroorweging van die regsposisie ingevolge waarvan die *pactum de non succedendo* met ongeldigheid getref word.

#### 4 2 2 6 *Die veranderlikheid en herroeplikheid van testamente*

Die Suid-Afrikaanse reg laat 'n testeerbevoegde testateur toe om sy testament te eniger tyd voor sy dood te wysig.<sup>99</sup> 'n Testamentêre bepaling ingevolge waarvan 'n testateur onderneem om nie sy testament te wysig nie, is derhalwe onafdwingbaar.<sup>100</sup> 'n Bevoegde testateur is insgelyks geregtig om sy testament te eniger tyd voor sy dood te herroep.<sup>101</sup> 'n *Clausula derogativa* ingevolge waarvan 'n testateur onderneem om nie sy testament te herroep

<sup>96</sup>*Blignaut's Trustee v Celliers' Executors* 1868 (Buch) 206 218; *Narshi v Ranchod* 1984 3 SA 926 (K) 932A-933I.

<sup>97</sup>Joubert 1962 *THRHR* 46-47; Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 594-595.

<sup>98</sup>Kahn *Law of Succession Supplement* 6; De Waal en Schoeman *Erfreg* 165.

<sup>99</sup>De Waal en Schoeman *Erfreg* 57.

<sup>100</sup>De Waal en Schoeman *Erfreg* 57.

<sup>101</sup>Corbett *et al Law of Succession* 87; De Waal en Schoeman *Erfreg* 65.



nie is derhalwe ook onafdwingbaar of selfs *contra bonos mores*.<sup>102</sup>

Twee uitsonderingsgevalle kwalifiseer wel hierdie twee algemene reëls. 'n Oorlewende wat adieer ingevolge 'n wederkerige testament waarin boedelsamesmelting bewerkstellig is, verloor enersyds die bevoegdheid om oor die saamgevoegde bates te beskik.<sup>103</sup> Gades wat 'n huweliksvoorwaardekontrak gesluit het waarin erfregtelike bepalings vervat is, is andersyds gebonde aan sodanige bepalings en een van die eggenote kan nie eensydiglik 'n testament met strydige bepalings verly nie. Die partye kan wel by wyse van ooreenkoms 'n latere strydige testament verly maar die oorlewende het steeds 'n keuse om òf die bepalings van die huweliksvoorwaardekontrak te aanvaar òf by die bepalings van die gesamentlike testament hou.<sup>104</sup>

Bogenoemde regsposisie word soos in die gemene reg fundeer op die oorweging dat 'n testateur te eniger tyd voor sy dood "van plan kan verander" wat testamentêre beskikking betref en dit hom derhalwe vrystaan om 'n bemaking eensydiglik te wysig of ongedaan te maak.<sup>105</sup> Op hierdie wyse funksioneer die onderhawige reëls ter beskerming van testeervryheid.

---

<sup>102</sup>*Secretary SA Association v Mostert* 1869 (Buch) 231; *Salzer v Salzer* 1919 OPA 221 227; *Nieuwenhuis v Schoeman's Estate* 1927 OPA 266 269-270; *Van Jaarsveld v Van Jaarsveld's Estate* 1938 TPA 343 345-347; *James v James' Estate* 1941 OPA 66 73-75.

<sup>103</sup>*Secretary SA Association v Mostert* (1837) Buch 31; *Rosenberg v Dry's Executors* 1911 AA 679 695; *Receiver of Revenue v Hancke* 1915 AA 64 71-72; *D'Oyly-John v Lousada* 1957 1 SA 368 (N) 372G-373A.

<sup>104</sup>*Ladies' Christian Home v SA Association* 1915 KPA 467 471-472; *Ex parte Balsillie et Uxor* 1928 KPA 218 219; *Ex parte Executors Estate Everard* 1938 TPA 190 195; *Bull v Executrix, Estate Bull* 1940 WPA 133.

<sup>105</sup>Sien 2 2 3 6 en 3 2 2 6 vir die gemeenregtelike posisie.

#### 4 2 2 7 *Interne formalisme: die interpretasie en rektifikasie van testamente asook die wysiging van die bepalings van 'n testament na die dood van 'n testateur*

Die interpretasie van 'n testament behels wesenlik 'n soeke na 'n testateur se bedoeling soos dit blyk uit die bewoording van sy testament.<sup>106</sup> Die rektifikasie van 'n testament behels daarenteen die regstelling van foute in 'n testament na 'n testateur se dood.<sup>107</sup> Interpretasie berus op die oorweging dat 'n testateur se bedoeling ten opsigte van die verdeling van sy bates na sy dood eers vasgestel moet word alvorens uitvoering gegee kan word aan sodanige testateur se testamentêre beskikkings.<sup>108</sup> Hierdie oorweging onderskraag kennelik die beginsel van testeervryheid - 'n hof is naamlik gebonde aan die bedoeling van 'n testateur wat deur interpretasie van die betrokke testament onthul is terwyl dit die testateur vrystaan om onderhewig aan bepaalde uitsonderings sy bedoeling in dié verband na goeiddunke in sy testament te verwoord en oor sy nalatenskap te beskik. Die onderhawige oorweging fundeer derhalwe die sogenaamde "goue reël" ten opsigte van die interpretasie van testamente soos verwoord deur waarnemende hoofregter Innes in *Robertson v Robertson's Executors*:<sup>109</sup>

"The golden rule for the interpretation of testaments is to ascertain the wishes of the testator from the language used. And when these wishes are ascertained, the court is bound to give effect to them, unless we are prevented by some rule or law from doing so."

<sup>106</sup>Corbett *et al Law of Succession* 462; De Waal en Schoeman *Erfreg* 169.

<sup>107</sup>Corbett *et al Law of Succession* 499; De Waal en Schoeman *Erfreg* 170.

<sup>108</sup>Corbett *et al Law of Succession* 462.

<sup>109</sup>1914 AA 503 507. Sien ook *Gordon's Bay Estates v Smuts* 1923 AA 160 165; *Havemann's Assignee v Havemann's Executor* 1927 AA 473 475; *Cuming v Cuming* 1945 AA 201 206; *Van Zyl v Van Zyl* 1951 3 SA 288 (A) 291G; *Harter v Epstein* 1953 1 SA 287 (A) 292C; *Stevenson v Greenberg* 1960 2 SA 276 (W) 278F; *Aubrey-Smith v Hofmeyr* 1973 1 SA 655 (K) 657E; *Verseput v De Gruchy* 1977 4 SA 440 (W) 443C; *Geft v Gelbart* 1984 4 SA 515 (K) 521C.



Die reëls en beginsels ten opsigte van die interpretasie van testamente in die Suid-Afrikaanse reg is grootliks op gemeenregtelike lees geskoei.<sup>110</sup> 'n Basiese beginsel wat aan die gemene reg ontleen is, bepaal dat 'n gunstige interpretasie gevolg moet word ten einde testamente wat geldig verly is sover moontlik in stand te hou.<sup>111</sup> Enkele van die tersaaklike reëls en beginsels word vervolgens kortliks ter illustrasie in oënskou geneem.<sup>112</sup>

Interpretasie geskied aan die hand van die woorde deur 'n testateur in sy testament gebruik. Die testament word derhalwe in sy geheel geles en die oorheersende bepaling word vasgestel. Geskrewe woorde geniet voorkeur bo gedrukte woorde terwyl herroepe bepalings gebruik kan word om bepalings te vertolk wat nie herroep is nie. Interpretasie geskied altyd met betrekking tot feite en omstandighede wat aan 'n testateur bekend was. Leunstoelgetuienis of te wel *aliunde* getuienis oor feite waarvan 'n testateur geweet het of wat hy in gedagte gehad het of in gedagte behoort te gehad het toe hy sy testament opgestel het, is altyd tydens interpretasie toelaatbaar. Ander *aliunde* getuienis word slegs toegelaat indien die testament klaarblyklik onduidelik of dubbelsinnig is. Vermoedens word geredelik tydens interpretasie gebruik indien die bedoeling van 'n testateur op geen ander wyse vasgestel kan word nie.

Die verskil tussen die interpretasie en die rektifikasie van testamente word soos volg deur regter Burger in *Van Zyl v Esterhuyse* verwoord:<sup>113</sup>

"Wysiging van 'n testament ten einde foute wat uit die testament self blyk reg te stel, is betreklik algemeen. Die regstelling word gebaseer op 'n uitleg van die bepalings van die testament plus, waar gepas, getuienis van die omringende omstandighede ten einde die woorde in die testament gebesig op die feite toe te pas. Op dié wyse word botsende bepalings versoen en/of bepaal watter

---

<sup>110</sup>Sien 2 2 3 7 en 3 2 2 7 vir die gemeenregtelike posisie.

<sup>111</sup>*Weise and Weise v Burger* (1867) 5 Searle 253 255.

<sup>112</sup>Corbett *et al Law of Succession* 462-602; Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 488-584; De Waal en Schoeman *Erfreg* 169-183.

<sup>113</sup>1985 4 SA 726 (K) 729I-730A.



bepalings oorheersend moet wees. Maar steeds word daar nie staatgemaak op getuienis van 'n bedoeling aan die kant van die testateur in stryd met die bepaling van die betrokke testamentêre beskikking nie - sodra daar gekyk word na getuienis teenstrydig met die testament, dan is die hof besig met rektifikasie en is dit nie meer uitleg nie."

Rektifikasie kan geskied deur die skrapping van woorde of sinsnedes wat per abuis in 'n testament ingevoeg is aangesien die testateur klaarblyklik geen *animus testandi* ten opsigte van sodanige woorde of sinsnedes gehad het nie.<sup>114</sup> Rektifikasie kan ook geskied deur die invoeging van woorde of sinsnedes wat per abuis uit die testament gelaat is aangesien die bedoeling van die testateur sodoende in dieselfde mate gedien word as by die skrapping van woorde of sinsnedes wat per abuis ingevoeg is.<sup>115</sup>

Die reëls en beginsels ten opsigte van die interpretasie en rektifikasie van testamente in die Suid-Afrikaanse reg is wesenlik gerig op die identifikasie en handhawing van die bedoeling van testateurs. In hierdie verband funksioneer dit veral ter erkenning van die oorweging dat die vryheid van testateurs tot testamentêre beskikking onderskraag moet word deur testamente op so 'n wyse uit te lê dat die bewese bedoeling van testateurs gehandhaaf word.

Die vryheid van testateurs tot testamentêre beskikking enersyds en gebondenheid aan die bepaling van testamente andersyds, bring voorts mee dat nòg die hof<sup>116</sup> nòg begunstigdes<sup>117</sup> die bepaling van 'n testament na die dood van 'n testateur sonder meer kan

<sup>114</sup>*Aubrey-Smith v Hofmeyr* 1973 1 SA 655 (K) 659E-F.

<sup>115</sup>*Van Zyl v Esterhuyse* 1985 4 SA 726 (K) 731C; *Will v The Master* 1991 1 SA 206 (K) 213H-215F; *Hotz v Goodman* 1994 2 SA 186 (K) 188A-E.

<sup>116</sup>*In re Crosbie's Estate* (1910) 27 SC 50 52; *Heymann v Administrators Estate Heymann* 1932 WPA 45 47; *Ex parte Trustees Estate Loewenthal* 1939 TPA 250 255; *Ex parte Naude* 1945 OPA 1 4; *Webb v Marquard* 1981 2 SA 43 (K) 50A; *Ex parte Watling* 1982 1 SA 936 (K); *Ex parte Sidelsky* 1983 4 SA 598 (K) 601E; *Corbett et al Law of Succession* 511-512; De Waal en Schoeman *Erfreg* 183.

<sup>117</sup>*Bydawell v Chapman* 1953 3 SA 514 (A) 523E-H; *Ex parte Marais* 1966 3 SA 378 (O) 382B-C; *Ex parte Watling* 1982 1 SA 936 (K); *Corbett et al Law of Succession* 522-523; De Waal en Schoeman *Erfreg* 92.



wysig. Hierdie algemene reël is egter aan enkele uitsonderings onderhewig. Die hof beskik naamlik oor sowel gemeenregtelike as statutêre bevoegdheid om 'n testament na die dood van 'n testateur te wysig terwyl begunstigdes deur middel van onderlinge ooreenkoms oor gevestigde regte ingevolge 'n testament kan beskik.

Wat die hof se gemeenregtelike bevoegdheid tot wysiging betref, wys Corbett *et al* op die volgende omstandighede wat onder andere in die verlede al gunstig deur ons howe oorweeg is:<sup>118</sup>

- (a) 'n onvoorsiene verandering in omstandighede wat die uitvoering van testamentêre bepalinge prakties onmoontlik of uiters onredelik maak;<sup>119</sup>
- (b) 'n verkeerde veronderstelling aan die kant van 'n testateur aangaande sy bates en/of laste;<sup>120</sup>
- (c) die mislukking van 'n bemaking of die verydeling van 'n testateur se ware bedoeling by streng nakoming van testamentêre voorskrifte;<sup>121</sup>
- (d) onmoontlikheid van die wyse van uitvoering in 'n testament voorgeskryf of groot koste verbonde aan sodanige uitvoering;<sup>122</sup> en

---

<sup>118</sup>*Law of Succession* 516-517. Sien ook De Waal en Schoeman *Erfreg* 183.

<sup>119</sup>*Ex parte Trustees Estate Loewenthal* 1939 TPA 250; *Ex parte Estate Marks* 1970 3 SA 539 (T); *Ex parte Watling* 1982 1 SA 936 (K); *Ex parte Sidelsky* 1983 4 SA 598 (K); *Administrators, Estate Richards v Nichol* 1996 4 SA 253 (K).

<sup>120</sup>*Ex parte Naude* 1945 OPA 1.

<sup>121</sup>*Ex parte Cohen* 1937 TPA 155; *Ex parte Trustees Estate Loewenthal* 1939 TPA 250; *Ex parte Estate Late Macdonald* 1945 NPA 348.

<sup>122</sup>*Ex parte Cronje* 1942 OPA 86; *Ex parte Kemp* 1946 NPA 319; *Ex parte Drittmarn* 1919 OPA 103; *Ex parte Dawoodji* 1961 2 SA 170 (SR).

(e) dringende noodsaak (*ob causam necessariam*).<sup>123</sup>

Bostaande lys kan aangevul word met verwysing na die wysiging van die bepalings van 'n testamentêre liefdadigheidstrust met behulp van die *cy près*-leerstuk. Hierdie leerstuk word aangewend indien die spesifieke doel van 'n trust wat 'n oorheersende liefdadigheidsoogmerk openbaar nie bereik kan word nie omdat die oprigter se oogmerk onuitvoerbaar is of omdat die wyse waarop die oogmerk bereik moet word nie meer moontlik is nie. 'n Hof kan in so 'n geval gelas dat die trustbates vir 'n oogmerk so na as moontlik aan die oorspronklike oogmerk aangewend word of op so 'n wyse aangewend word dat die oprigter se liefdadigheidsdoel steeds gedien word.<sup>124</sup>

Die hof se statutêre bevoegdheid tot wysiging word deur verskeie wette verleen. Die Wet op die Beheer oor Trustgoed<sup>125</sup> en die Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed<sup>126</sup> dien as twee voorbeelde in hierdie verband. Relevante bepalings van hierdie wette word elders volledig bespreek.<sup>127</sup>

'n Hof wat òf sy gemeenregtelike òf sy statutêre bevoegdheid tot wysiging in een van bogenoemde gevalle uitoefen, doen so nie om op lukrake wyse die bepalings van 'n testament te verander nie maar eerder om die uitvoering van die wense van 'n testateur te verseker te midde van besondere en dikwels onvoorsiene omstandighede wat na sodanige testateur se

<sup>123</sup>*Ex parte Douallier* (1907) 24 SC 282; *Re De Villiers' Estate* (1902) TS 117.

<sup>124</sup>*In re Denton's Estate* 1951 4 SA 582 (N); *Ex parte Estate Cauvin* 1954 2 SA 144 (K); *Ex parte Estate Wylie* 1955 1 SA 48 (D); *Ex parte Blum: In re Estate Kalson* 1964 2 SA 643 (K); *Truter v Die Administrateur, Kaapprovinsie* 1978 3 SA 489 (K).

<sup>125</sup>Wet 57 van 1988.

<sup>126</sup>Wet 94 van 1965.

<sup>127</sup>Sien 4 3 1 5; 4 3 2 3 en 4 3 3 2 vir 'n bespreking van artikel 13 van Wet 57 van 1988 en 4 3 1 4 en 4 3 2 1 vir 'n bespreking van relevante artikels van Wet 94 van 1965.



dood ontstaan het.<sup>128</sup> Op hierdie wyse funksioneer bogenoemde reëls ter handhawing en onderskraging van testeervryheid.

Wat die wysiging van die bepalings van 'n testament deur die begunstigdes ingevolge sodanige testament betref, word aanvaar dat begunstigdes inderdaad kontraktueel ooreen kan kom om oor reeds gevestigde regte ingevolge 'n testament te beskik.<sup>129</sup> Hulle kan insgelyks voor vestiging ooreenkom oor die herverdeling van voordele, welke ooreenkoms eers na vestiging van dié voordele in werking tree.<sup>130</sup> Die begunstigdes mag egter nie deur 'n sogenaamde familie-ooreenkoms die bepalings van 'n testament wysig deur byvoorbeeld die datum van verdeling of die wyse waarop 'n boedel beredder word, te verander nie.<sup>131</sup> Hierdie benadering onderskraag eweneens testeervryheid aangesien laasgenoemde tipe ooreenkoms nie alleen op die regte van begunstigdes betrekking het nie maar ook "the right...of the testator to have his plan carried out" in gedrang bring.<sup>132</sup>

#### 4 3 DIE BEPERKING VAN TESTEERVRYHEID IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

Testeervryheid in die Suid-Afrikaanse reg is nie absoluut of onbelemmerd nie. Hierdie vryheid is in navolging van die gemene reg aan verskeie beperkings onderhewig. Die vernaamste rede vir die beperking van testeervryheid in die moderne reg is soortgelyk aan dié in die gemene reg, naamlik om die onoordeelkundige uitoefening of selfs misbruik van die

---

<sup>128</sup>*Heymann v Administrators Estate Heymann* 1932 WPA 45 47; *Administrators, Estate Richards v Nichol* 1996 4 SA 253 (K) 261E-F.

<sup>129</sup>*Hoeksma v Hoeksma* 1990 2 SA 893 (A); *Corbett et al Law of Succession* 523-524; Cronjé en Roos *Erfreg Vonnisbundel* 196.

<sup>130</sup>*Ex parte Trustees Estate Loewenthal* 1939 WPA 78 81; Cronjé en Roos *Erfreg Vonnisbundel* 196.

<sup>131</sup>*Ex parte Trustees M.H. Adam* 1927 NPA 314; *Bydowell v Chapman* 1953 3 SA 514 (A) 523E-H; *Ex parte Marais* 1966 3 SA 378 (O) 382B-C; Cronjé en Roos *Erfreg Vonnisbundel* 196.

<sup>132</sup>*Ex parte Trustees Estate Loewenthal* 1939 WPA 78 81.

vryheid tot testamentêre beskikking te beperk.<sup>133</sup> Ten einde die onderhawige onderwerp na behore te bespreek, word 'n tweeledige onderskeid ten opsigte van beperkings op testeervryheid getref. Enersyds val die fokus op beperkings wat op sosiale oorwegings berus, met ander woorde beperkings wat aan die hand van die *boni mores* of regsoortuigings van die gemeenskap regverdig word. Andersyds val die fokus op beperkings wat op ekonomiese oorwegings berus, met ander woorde beperkings wat veral aan die hand van markverwante invloede regverdig word.<sup>134</sup> Die bespreking wat volg sal aan die lig bring dat genoemde twee kategorieë soos in die gemene reg geredelik onderlinge wisselwerking vertoon.

Ten opsigte van eersgenoemde kategorie word die beperking van testeervryheid onder die loep geneem met verwysing na:

- (a) die gemeenregtelike eis van afhanklike kinders vir onderhoud teen die bestorwe boedel van 'n ouer;
- (b) die statutêre eis van 'n oorlewende gade vir onderhoud teen die bestorwe boedel van 'n oorlede gade ingevolge die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades;<sup>135</sup>
- (c) die regsposisie ten opsigte van wederregtelike testamentêre bepalings en testamentêre bepalings wat teen die goeie sedes is;
- (d) relevante bepalings van die Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op On-roerende Goed;<sup>136</sup> en
- (e) relevante bepalings van die Wet op die Beheer oor Trustgoed.<sup>137</sup>

Ten opsigte van laasgenoemde kategorie word die beperking van testeervryheid ondersoek met verwysing na:

---

<sup>133</sup>De Waal in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G12; De Waal 1997 *Stell LR* 169-170.

<sup>134</sup>'n Soortgelyke indeling word deur De Waal in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G13-3G16 en 1997 *Stell LR* 170-172 aan die hand gedoen.

<sup>135</sup>Wet 27 van 1990.

<sup>136</sup>Wet 94 van 1965.

<sup>137</sup>Wet 57 van 1988.



- (a) relevante bepalings van die Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op On-roerende Goed;<sup>138</sup>
- (b) relevante bepalings van die Mineraalwet;<sup>139</sup>
- (c) relevante bepalings van die Wet op die Beheer oor Trustgoed;<sup>140</sup> en
- (d) relevante bepalings van die Wet op Pensioenfondse.<sup>141</sup>

Die regsposisie ten opsigte van voorskriftelike testamentêre bepalings word ten slotte in 'n besondere studie toegelig. Die fokus val in hierdie verband hoofsaaklik op die rol van die *boni mores* ter beoordeling van sowel verbeuringsbepalings as bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk wat op ras, nasionaliteit of geloof berus en waardeur gepoog word om die gedrag van begunstigdes en/of die benutting van bates te beheer.

#### 4 3 1 Die beperking van testeervryheid op grond van sosiale oorwegings

##### 4 3 1 1 *Die gemeenregtelike eis van afhanklike kinders vir onderhoud teen die bestorwe boedel van 'n ouer*

Vroeër is reeds getoon dat die vermoënsregtelike beskerming wat die Romeinse en Romeins-Hollandse reg aan onder andere 'n oorledene se kinders verleen het, in die negentiende eeu ingevolge wetgewing in Suid-Afrika afgeskaf is.<sup>142</sup> Dit het egter nie beteken dat sodanige kinders alle vermoënsregtelike aanspraak op die boedel van 'n oorlede ouer verloor het nie. In *Carelse v Estate De Vries* verlaat hoofregter De Villiers hom naamlik op Groenewegen vir sy beslissing dat 'n ouer se onderhoudsplig ten opsigte van sy/haar kind nie deur die dood van

---

<sup>138</sup>Wet 94 van 1965.

<sup>139</sup>Wet 50 van 1991.

<sup>140</sup>Wet 57 van 1988.

<sup>141</sup>Wet 24 van 1956.

<sup>142</sup>Sien 4 2 1.

sodanige ouer beëindig word nie.<sup>143</sup> Die hoofregter is klaarblyklik deur sosiale oorwegings tot hierdie beslissing gemotiveer wanneer hy opmerk:<sup>144</sup>

"[A]...father possessed of ample means might bequeath all his property to strangers, and leave his own legitimate offspring unprovided for, and a burthen on the rest of the community."

Byna 'n half-eeu later wys Hahlo daarop dat hoofregter De Villiers se beslissing in die *Carelse*-uitspraak op 'n waninterpretasie van Groenewegen se siening berus: laasgenoemde skrywer verwys in die betrokke passasie slegs na 'n onderhoudsplig ingevolge kontrak of by wyse van testament opgelê en nie na 'n plig wat *ex lege* op die boedel van 'n oorledene (wat in lewe onderhoudspligtig was) oorgaan nie.<sup>145</sup> Die beginsel in die *Carelse*-uitspraak geformuleer, het egter, die interpretasiefout van hoofregter De Villiers ten spyt, deel van die Suid-Afrikaanse reg geword.<sup>146</sup> Hierdie eis verleen in gepaste gevalle 'n reg tot onderhoud teen die testament van 'n oorledene en beperk derhalwe testeervryheid.

Bogenoemde onderhoudsplig rus op die boedel van sowel die oorlede vader as die oorlede moeder. 'n Eis vir onderhoud is ondergeskik aan die eise van boedelskuldeisers maar geniet voorkeur bo dié van erfgename en legatarisse. Sodanige onderhoudseis is nie beperk tot minderjarige kinders nie maar ook tot die beskikking van afhanklike meerderjarige kinders. Geen onderskeid word ten opsigte van genoemde eis tussen egtelike en buite-egtelike kinders

---

<sup>143</sup>(1906) 23 SC 532. Sir Henry De Villiers (soos hy toe was) verwerp in hierdie verband die mening van Voet *Commentarius* 23.2.82 en 25.3.18 dat die onderhoudsplig deur die dood van 'n ouer beëindig word en steun op Groenewegen *De Legibus Abrogatis* 34.1.15 se siening dat die onderhoudsplig wel na die dood van 'n ouer voortbestaan.

<sup>144</sup>(1906) 23 SC 532 537.

<sup>145</sup>*The South African Law of Husband and Wife* 387 n 23. Kahn *Law of Succession Supplement* 15 n 63 wys daarop dat juis hy eintlik die interpretasiefout van hoofregter De Villiers onder die aandag van Hahlo gebring het!

<sup>146</sup>*Glazer v Glazer* 1963 4 SA 694 (A) 706H-707A.



getref nie.<sup>147</sup>

**4 3 1 2      *Die statutêre eis van 'n oorlewende gade vir onderhoud teen die bestorwe boedel van 'n oorlede gade ingevolge artikels 2 en 3 van die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades***

Die vermoënsregtelike beskerming wat die Romeinse reg ingevolge die *quarta uxoria* aan 'n behoeftige weduwee verleen het, is nooit in die Suid-Afrikaanse reg erken nie.<sup>148</sup> In *Glazer v Glazer* spreek hoofregter Steyn enersyds twyfel uit oor die toepassing van Nov. 53.6 en Nov. 117.5 in die Romeins-Hollandse reg en is andersyds van mening dat, indien die *quarta uxoria* wel in die Romeins-Hollandse reg gegeld het, dit nooit as sodanig in die Suid-Afrikaanse reg toegepas is nie.<sup>149</sup> Die behoefte aan regshervorming op die onderhawige gebied het die Suid-Afrikaanse Regskommissie genoop om die moontlikheid van sodanige beskerming te ondersoek.<sup>150</sup> Daar is bevind dat die regsgevoel van die gemeenskap die posisie van die behoeftige oorlewende gade begunstig en dat die beperking van testeervryheid ter verlening van gepaste vermoënsregtelike beskerming aan sodanige gade derhalwe geregverdig is.<sup>151</sup> Die kommissie het aanbeveel dat hierdie vermoënsregtelike beskerming die vorm van 'n diskresionêre statutêre onderhoudseis eerder as 'n voorgeskrewe erfregtelike (legitieme) porsie moet aanneem. Verskeie oorwegings het hierdie bevinding van die kommissie fundeer. Sodanige onderhoudseis druk eerstens die morele plig wat op 'n gade rus om na die materiële versorging van die oorlewende gade om te sien, ten beste uit.<sup>152</sup> 'n Voorgeskrewe porsie geniet tweedens algemene werking en verskeie oorlewendes is

---

<sup>147</sup>Kahn *Law of Succession Supplement* 15-16.

<sup>148</sup>Sien 2 3 2 5 vir die Romeinsregtelike posisie.

<sup>149</sup>1963 4 SA 694 (A) 705C-706C. Sien 3 3 1 4 vir die posisie in die Romeins-Hollandse reg.

<sup>150</sup>Projek 22 *Hersiening van die Erfreg; Verslag oor die Instelling van 'n Legitieme Porsie of die Verlening van 'n Reg op Onderhoud aan 'n Langslewende Gade* van Augustus 1987.

<sup>151</sup>Par 4.3 van die Verslag.

<sup>152</sup>Par 5.2 van die Verslag.

gewoonlik daarop geregtig terwyl 'n statutêre onderhoudseis tot uitsonderingsgevalle van werklike behoefte van juis 'n oorlewende gade beperk kan word. Deur van laasgenoemde gebruik te maak, word die inbreuk op testeervryheid derhalwe ook begrens.<sup>153</sup> 'n Statutêre onderhoudseis is laastens 'n besonder buigsame meganisme wat die werklike behoeftes van 'n oorlewende gade langs die weg van die uitoefening van regterlike diskresie aanspreek. 'n Voorgeskrewe prosie funksioneer daarenteen besonder rigied deur bloot 'n bepaalde gedeelte van 'n boedel ten gunste van 'n oorlewende te reserveer, sonder oorweging van die persoonlike omstandighede en/of nood van sodanige oorlewende.<sup>154</sup>

Die voorstelle van die kommissie is deur die wetgewer aanvaar en vervat in die Wet op Onderhoud van Langsewende Gades.<sup>155</sup> Artikels 2(1) en (3)(b) van die Wet bepaal soos volg:

"Indien 'n huwelik na die inwerkingtreding van hierdie Wet deur die dood ontbind word, het die langsewende 'n vordering teen die boedel van die afgestorwe gade vir die voorsiening in sy eie redelike onderhoudsbehoefte tot by sy dood of hertrouwe vir sover hy nie uit eie middele en verdienste daartoe in staat is nie."

"Die langsewende se vordering vir onderhoud beklee dieselfde rangorde teenoor ander vorderings teen die boedel van die afgestorwe gade as wat 'n vordering vir onderhoud van 'n afhanklike kind van die afgestorwe gade teen die boedel beklee of sou beklee het indien daar so 'n vordering was, en, indien die vordering van die langsewende en dié van 'n afhanklike kind met mekaar meeding, word daardie vorderings, indien nodig, eweredig verminder."

Artikel 3 van dieselfde Wet bepaal soos volg:

---

<sup>153</sup>Par 5.3 van die Verslag.

<sup>154</sup>Par 5.4 van die Verslag.

<sup>155</sup>Wet 27 van 1990.



"By die bepaling van die redelike onderhoudsbehoefte van die langsewende word, benewens enige ander faktor wat in aanmerking geneem behoort te word, die volgende faktore in ag geneem:

- (a) Die bedrag in die boedel van die afgestorwe gade beskikbaar vir verdeling aan erfgename en legatarisse;
- (b) die bestaande en verwagte vermoëns, verdienvermoë, geldelike behoeftes en verpligtinge van die langsewende en die duur van die huwelik; en
- (c) die lewenspeil van die langsewende tydens die duur van die huwelik en sy ouderdom by die dood van die afgestorwe gade."

#### 4 3 1 3      ***Wederregtelike testamentêre bepalings en testamentêre bepalings wat teen die goeie sedes is***<sup>156</sup>

Die onderhawige onderwerp word in aansluiting by Afdeling A bespreek aan die hand van die benadering in die Suid-Afrikaanse reg tot testamentêre voorwaardes wat wederregtelik of teen die goeie sedes is.

'n Testamentêre bepaling wat 'n voorwaarde bevat waarvan die nakoming wederregtelik of teen die goeie sedes is, word na gelang van die besondere omstandighede òf in die geheel met nietigheid getref òf die voorwaarde self word soos in die gemene reg as *pro non scripto* beskou.<sup>157</sup> Die betrokke begunstigde verkry in laasgenoemde geval die bemaking vry van sodanige voorwaarde mits die bemaking na skraping van die voorwaarde steeds sinvol

---

<sup>156</sup>In die slotgedeelte van hierdie hoofstuk word 'n breër perspektief op die rol van die *boni mores* ter beoordeling van hierdie bepalings verkry wanneer gelet word op die benadering in die Suid-Afrikaanse reg tot voorskriftelike testamentêre bepalings gegrond op ras, nasionaliteit of geloof waardeur gepoog word om die gedrag van begunstigdes en/of die benutting van bates te beheer.

<sup>157</sup>Corbett *et al Law of Succession* 81; Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 187. Sien 2 3 3 1 en 3 3 2 vir die gemeenregtelike posisie.

uitgevoer kan word.<sup>158</sup> Suid-Afrikaanse howe het by geleentheid oor die volgende gevalle in hierdie verband beslis:

- (a) 'n Voorwaarde wat beoog om 'n bestaande huwelik te vernietig, is ongeldig synde *contra bonos mores*.<sup>159</sup>
- (b) 'n Voorwaarde wat 'n begunstigde verbied om in die huwelik te tree, is ongeldig synde *contra bonos mores*.<sup>160</sup>
- (c) 'n Voorwaarde wat die geneigdheid mag hê om 'n huwelik tot 'n einde te bring of huweliksluiting te verhinder is nie ongeldig nie indien die testateur nie sodanige gevolg beoog het nie.<sup>161</sup>
- (d) 'n Voorwaarde wat 'n testateur se oorlewende gade verbied om weer in die huwelik te tree, is geldig synde nie *contra bonos mores* nie.<sup>162</sup>
- (e) 'n Voorwaarde wat 'n gedeeltelike verbod op huweliksluiting beliggaam deur byvoorbeeld 'n begunstigde enersyds te verbied of andersyds te verplig om met lede van byvoorbeeld 'n bepaalde ras, nasionaliteit of geloof te trou, is geldig synde nie *contra*

---

<sup>158</sup>*Ritchken's Executors v Ritchken* 1924 WPA 17 20; *Levy v Schwartz* 1948 4 SA 930 (W) 938; *Ex parte Isaacs* 1964 4 SA 606 (G) 607G.

<sup>159</sup>*Levy v Schwartz* 1948 4 SA 930 (W) 933; *Ex parte Swanevelder* 1949 1 SA 733 (O) 736-738; *Barclays Bank v Anderson* 1959 2 SA 478 (T) 486D; *Ex parte Isaacs* 1964 4 SA 606 (G) 607H; *Oosthuizen v Bank van Windhoek* 1991 1 SA 849 (Nb) 850B-C.

<sup>160</sup>*Rubin v Altschul* 1961 4 SA 251 (W) 252C; *De Weyer v SPCA Johannesburg* 1963 1 SA 71 (T) 79A; *Ex parte Higgs: in re Estate Rangasami* 1969 1 SA 56 (D) 58B.

<sup>161</sup>*Ex parte De Wet* 1931 KPA 314 315-316; *Barclays Bank v Anderson* 1959 2 SA 478 (T) 486B-F; *Corbett et al Law of Succession* 120.

<sup>162</sup>*Ex parte Gitelson* 1949 2 SA 881 (O) 887; *Rubin v Altschul* 1961 4 SA 251 (W) 253F-H.



*bonos mores* nie.<sup>163</sup>

- (f) 'n Voorwaarde wat 'n begunstigde verplig om op 'n bepaalde plek of by 'n bepaalde persoon te woon, is geldig synde nie *contra bonos mores* nie.<sup>164</sup>
- (g) 'n Voorwaarde wat die beëindiging van 'n bevoordeling by insolvensie van 'n begunstigde tot gevolg het, is geldig synde nie *contra bonos mores* nie.<sup>165</sup>
- (h) 'n Voorwaarde wat die jurisdiksie van die hof uitsluit, is ongeldig synde *contra bonos mores*.<sup>166</sup>

Die gevalle wat hierbo as voorbeelde van ongeldige voorwaardes aangedui is, bied 'n goeie illustrasie van die rol wat die *boni mores* in die Suid-Afrikaanse reg ter beperking van testeervryheid speel. Ten spyte van die feit dat sodanige voorwaardes die wense van 'n testateur verwoord, word dit bloot geïgnoreer indien die uitvoering daarvan nie aan die hand van die regsgevoel van die gemeenskap regverdig kan word nie.

---

<sup>163</sup> *Aronson v Estate Hart* 1950 1 SA 539 (A) 567. Sien egter 4 3 3 1.

<sup>164</sup> *Grusd v Grusd* 1946 AA 465; *Ex parte De Kock* 1952 2 SA 502 (K); *Barclays Bank v Anderson* 1959 2 SA 478 (T). Sien egter *Ritchken's Executors v Ritchken* 1924 WPA 17.

<sup>165</sup> *Vicker's Trustees v Cloete* 1914 KPA 575; *Anderson v Estate Anderson* 1946 KPA 611.

<sup>166</sup> *Yenapergasam v Naidoo* 1932 NLR 96 101; *Van Rensburg v Van Rensburg* 1937 OPA 59 68; *Francois' Estate v Watson* 1949 1 SA 483 (N) 490.

**4 3 1 4      *Die beperking van testeervryheid op grond van artikels 2 en 3 van die Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed***

Artikel 2(1) van die Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed<sup>167</sup> maak soos volg voorsiening vir 'n aansoek by 'n hof om die opheffing of wysiging van beperkings op onroerende goed:

"Indien 'n begunstigde wat belang het by onroerende goed wat onderworpe is aan 'n beperking wat voor of na inwerkingtreding van hierdie Wet by testament of ander dokument opgelê is, verlang dat die beperking opgehef of gewysig word op die grond dat die opheffing of wysiging tot die voordeel sal wees van die persone, gebore of ongeboore, seker of onseker, wat ingevolge daardie testament of ander dokument geregtig is of geregtig sal word op daardie onroerende goed of die inkomste daarvan, kan daardie begunstigde by die hof aansoek doen om die opheffing of wysiging van daardie beperking."

Artikel 3(1) van die Wet reël die bevoegdheid van die hof ten opsigte van die opheffing of verwydering van beperkings op onroerende goed en ten opsigte van die beskikking oor die opbrengs van sodanige goed soos volg:

"Indien die hof by wie aansoek ingevolge hierdie Wet gedoen word, oortuig is -

- (a) dat die aandele wat deur een of meer van die begunstigdes wat ten tyde van die doen van die aansoek in lewe is, afsonderlik in die betrokke onroerende goed gehou word, so klein is dat hulle nie met voordeel geokkupeer of geniet kan word nie; of
- (b) dat geen nuttige gebruik van die betrokke onroerende goed deur die begunstigdes wat in lewe is, gemaak kan word nie ten gevolge van 'n verbod in die testament of ander dokument teen die onderverdeling van

---

<sup>167</sup>Wet 94 van 1965.



- daardie goed; of
- (c) dat sedert die inwerkingtreding van die testament of ander dokument wat 'n beperking op die betrokke onroerende goed lê, omstandighede ontstaan het wat 'n wesenlike invloed op die waarde van die goed het en wat volgens die oordeel van die hof nie deur die persoon wat die testament of dokument gemaak en verly het, beoog of voorsien is nie; of
- (d) dat dit in die openbare belang of in die belang van die in sub-artikel (1) van artikel *twee* bedoelde persone sal wees om dit te doen, kan hy enige in sub-artikel (1) van artikel *twee* bedoelde beperking ophef of wysig en beveel dat die goed in sy geheel of ten dele verkoop word of kan hy so 'n verdere of ander bevel gee wat hy goeddink."

Veral artikel 3(1)(d) van die Wet bring die beperking van testeervryheid op grond van sosiale oorwegings te berde.<sup>168</sup> In *Ex parte Wallace* doen die eienares van 'n plaas wat sy van haar vader gekoop het, byvoorbeeld op grond van artikel 3(1)(d) aansoek om verlof om die plaas te verkoop en om die opheffing van 'n voorwaardelike *fideicommissum inter vivos* wat ten gunste van haar wettige afstammelinge, haar broer en suster en dié se wettige afstammelinge op die plaas rus.<sup>169</sup> Die applikant het aangevoer dat sy en haar eggenoot nie meer op die plaas wou woon en die boerderybedrywighede aldaar wou voortsit nie. 'n Gewillige koper vir die plaas is ook gevind. Regter-president De Vos Hugo beslis dat dit inderdaad in die openbare belang is dat 'n persoon wat verkies om nie self te boer nie die geleentheid gegun moet word om 'n plaas te verkoop aan iemand wat wel wil boer en sodanige plaas produktief kan gebruik. Die openbare belang word na die mening van die regter-president nie gedien indien mense testamentêr verplig word tot aktiwiteite waarin hulle nie belang stel nie - mense se lewens behoort nie deur 'n "dooie hand" beheer te word of in 'n rigting gestuur te word

---

<sup>168</sup>In *Ex parte Pienaar* 1981 4 SA 942 (O) 945C-D is die hof van mening dat faktore wat ten opsigte van artikel 3(1)(c) oorweging verdien ook binne die konteks van artikel 3(1)(d) van belang kan wees. Sien 4 3 2 1 vir 'n bespreking van artikel 3(1)(c).

<sup>169</sup>1970 1 SA 103 (NK). Die toepassing van artikel 3(1)(d) *in casu* sou eweneens ten opsigte van 'n testamentêre *fideicommissum* geld.

wat hulle self nie gewillig is om in te slaan nie.<sup>170</sup> Regter-president De Vos Hugo is voorts op die feite van mening dat dit in belang van die aansoeker as begunstigde sal wees om die plaas te verkoop en die opbrengs vir byvoorbeeld die opvoeding van haar kinders aan te wend.<sup>171</sup> Die aansoek word derhalwe toegestaan.<sup>172</sup>

#### 4 3 1 5 *Die beperking van testeervryheid op grond van artikel 13 van die Wet op die Beheer oor Trustgoed*

De Waal gee in oorweging dat artikel 13 van die Wet op die Beheer oor Trustgoed<sup>173</sup> opsigself 'n beperking op testeervryheid daarstel wat oor die boeg van sosiale oorwegings gegooi kan word.<sup>174</sup> Hierdie artikel bepaal soos volg:

"Indien 'n trustdokument 'n bepaling bevat wat gevolge teweegbring wat die oprigter van 'n trust na die hof se oordeel nie beoog of voorsien het nie<sup>175</sup> en wat -

- (a) die bereiking van die oprigter se oogmerk belemmer; of
- (b) die belange van die bevoordeeldes benadeel; of
- (c) in stryd met die openbare belang is,<sup>176</sup>

kan die hof op aansoek van die trustee of enige persoon wat na die hof se oordeel voldoende belang by die trustgoed het, enige sodanige bepaling skrap of wysig of ten opsigte daarvan enige bevel gee wat daardie hof billik ag, met

---

<sup>170</sup>1970 1 SA 103 (NK) 106E-F.

<sup>171</sup>1970 1 SA 103 (NK) 106G-H.

<sup>172</sup>Sien egter *Ex parte Pienaar* 1981 4 SA 942 (O).

<sup>173</sup>Wet 57 van 1988.

<sup>174</sup>In *Rautenbach et al Bill of Rights Compendium* 3G15.

<sup>175</sup>Hierdie gedeelte verteenwoordig die sogenaamde subjektiewe kriterium vir die toepassing van die artikel.

<sup>176</sup>Hierdie gedeelte verteenwoordig die sogenaamde objektiewe kriterium vir die toepassing van die artikel.



inbegrip van 'n bevel waarby bepaalde trustgoed deur bepaalde ander goed vervang word, of 'n bevel wat die trust beëindig."

'n Hof kan deur veral die objektiewe kriterium van artikel 13 genoop word tot 'n bevel dat op grond van sosiale oorwegings van die bepaling van 'n testamentêre trust afgewyk word.

In *Ex parte President of the Conference of the Methodist Church of Southern Africa: in re William Marsh Will Trust* word 'n aansoek byvoorbeeld ingevolge artikel 13 gebring om skrapping van die woord "white" uit die bepaling van 'n testamentêre liefdadigheidstrust waarkragtens die toelating van behoeftige kinders tot sekere tehuise tot slegs blanke kinders beperk is.<sup>177</sup> Regter Berman beslis ten opsigte van die objektiewe kriterium van artikel 13 dat die bepaling *in casu* wat bevoordeling tot blanke kinders beperk inderdaad teen die openbare belang is. Die regter is kennelik deur sosiale oorwegings gemotiveer wanneer hy in hierdie verband beslis.<sup>178</sup>

"It cannot seriously be contended that by continuing to restrict the intake of destitute children to the homes to those whose skins are white will better serve the interests of the public than to open their half-empty premises to children who are destitute but are excluded therefrom solely by reason of the fact that their skin is coloured brown or black or indeed any other colour but white. The contrary is unarguably the case - the interest of the public in this country, the inhabitants of which are mainly non-white in colour, cries out for the need to house and to care for destitute children, whatever their ethnological characteristics may be."

Die aansoek om skrapping van die woord "white" in die testament word derhalwe toegestaan.<sup>179</sup>

---

<sup>177</sup>1993 2 SA 697 (K).

<sup>178</sup>1993 2 SA 697 (K) 703H-J.

<sup>179</sup>Sien 4 3 3 2 vir 'n volledige bespreking van die onderhawige artikel en uitspraak.

### 4 3 2 Die beperking van testeervryheid op grond van ekonomiese oorwegings

#### 4 3 2 1 *Die beperking van testeervryheid op grond van artikels 2, 3, 6 en 8 van die Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed*

Artikel 2(1) van die Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed<sup>180</sup> maak soos reeds getoon voorsiening vir 'n aansoek deur 'n begunstigde wat 'n belang het by onroerende goed wat onderworpe is aan 'n beperking by testament of ander dokument opgelê, om die opheffing of wysiging van sodanige beperking indien die opheffing of wysiging tot voordeel sal wees van die persone, gebore of ongeboore, seker of onseker, wat ingevolge die testament of ander dokument op daardie onroerende goed of die inkomste van die onroerende goed geregtig is. Artikel 3(1) van die Wet lys die faktore wat 'n hof in ag kan neem wanneer oor 'n aansoek ingevolge artikel 2(1) beslis word.

'n Hof kan ingevolge artikel 3(1) eerstens die aansoek toestaan indien die aandeel wat deur een of meer van die begunstigdes in lewe ten tyde van die aansoek in die betrokke onroerende goed gehou word, so klein is dat hulle nie ekonomies voordelig geokkupeer of geniet kan word nie. In *Ex Parte Lourens* het 'n bemaking van plase met 'n bewerkbare oppervlakte van ongeveer 200 morges aan die kleinkinders van 'n testateur byvoorbeeld meegebring dat die aandeel wat die kleinkinders in die plase gehou het van 63 morges tot so min as 21 morges gewissel het. Die hof bevind dat hierdie aandeel te klein is om voordelig benut te word en gelas derhalwe (weliswaar ingevolge sy gemeenregtelike bevoegdheid te dien effekte) dat die betrokke grondstukke verkoop kan word.<sup>181</sup>

Die aansoek kan tweedens toegestaan word indien geen nuttige gebruik (eweneens in die ekonomiese sin van die woord) van die betrokke onroerende goed deur die begunstigdes in

---

<sup>180</sup>Wet 94 van 1965.

<sup>181</sup>1951 3 SA 277 (O). Sien ook *Ex parte Botha* 1924 TPA 423; *Ex parte Badenhorst* 1927 KPA 55; *Ex parte Terblans* 1928 OPA 200; *Ex parte Coetzee* 1939 OPA 48; *Ex parte Van der Heyde* 1945 KPA 67.



lewe gemaak kan word nie as gevolg van 'n verbod in 'n testament of ander dokument op die onderverdeling van daardie goed opgelê.

Die derde oorweging wat die aansoek kan fundeer, is dat, sedert die inwerkingtreding van 'n testament of ander dokument wat 'n beperking op die betrokke onroerende goed lê, omstandighede ontstaan het wat 'n wesenlike invloed op die waarde van die goed het en wat volgens die oordeel van die hof nie deur die persoon wat die testament of ander dokument gemaak of verly het, beoog of voorsien is nie. Corbett *et al* lys by wyse van voorbeeld onder andere die volgende gevalle wat in die verlede gunstig deur die hof in die onderhawige verband oorweeg is:<sup>182</sup> die ontdekking van diamante, goud of ander minerale op of in die omgewing van die betrokke grondstuk;<sup>183</sup> 'n buitengewone toename in die waarde van grond as gevolg van uitsonderlike omstandighede deur oorlog veroorsaak;<sup>184</sup> 'n drastiese toename in munisipale heffings<sup>185</sup> en die hoë koste van die omheining van 'n grondstuk ten opsigte waarvan 'n *fiduciarius* geen voordelige belang geniet nie.<sup>186</sup>

Die aansoek kan laastens toegestaan word indien dit in die openbare belang of in belang van die persone genoem in artikel 2(1) sal wees om die bedoelde beperking te wysig of op te hef.<sup>187</sup>

Artikel 6 van die Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed plaas soos volg 'n beperking op die duur van 'n *fideicommissum* wat na die inwerkingtreding van die Wet ten opsigte van onroerende goed ten gunste van meer as twee opeenvolgende *fideicommissarii* geskep is:

---

<sup>182</sup>*Law of Succession* 308-309.

<sup>183</sup>*In re Estate Meyer* 1922 NPA 21; *Ex parte Marks and Marks* 1926 TPA 1; *Ex parte Senekal* 1934 TPA 131; *Ex parte Schnehage* 1939 OPA 112.

<sup>184</sup>*In re Estate Key* 1921 KPA 242.

<sup>185</sup>*Ex parte Wessels* 1924 2 PH G2 (K); *Ex parte Estate Mills* 1942 2 PH G45 (K).

<sup>186</sup>*Ex parte Pietersen* 1939 1 PH G16 (K).

<sup>187</sup>Sien 4 3 1 4.

- "(1) 'n Fideikommis wat na die inwerkingtreding van hierdie Wet by testament of ander dokument ten opsigte van onroerende goed geskep word ten gunste van meer as twee opeenvolgende fideicommissarii, word, ondanks die bepalings van daardie testament of dokument, tot twee opeenvolgende fideicommissarii beperk.
- (2) Indien ingevolge 'n beskikking na die inwerkingtreding van hierdie Wet by testament of ander dokument gemaak onroerende goed of 'n onverdeelde aandeel in onroerende goed oorgaan op 'n fiduciarius (uitgesonderd 'n fiduciarius sonder 'n voordelige reg) onderworpe aan 'n fideikommis wat ten gunste van meer as twee opeenvolgende fideicommissarii heet te wees, gaan, ondanks die bepalings van daardie testament of dokument, daardie onroerende goed of onverdeelde aandeel, of 'n onverdeelde aandeel daarin, wanneer dit op die tweede opeenvolgende fideicommissarius oorgaan, vry van die fideikommis op daardie fideicommissarius oor en word vry van daardie fideikommis aan daardie fideicommissarius getranspoteer."

Artikel 8 van die Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed plaas soos volg 'n beperking op die duur van beperkinge op die vervreemding van onroerende goed ingevolge testament of ander dokument anders as by wyse van 'n *fideicommissum* opgelê:

- "(1) Geen beperking op die vervreemding van onroerende goed wat voor of na inwerkingtreding van hierdie Wet anders as by wyse van 'n fideikommis opgelê is by 'n testament of ander dokument waarin voorsiening gemaak word vir voordele vir opeenvolgende begunstigdes daarin genoem, beskryf of aangewys, het die regsrag om die vervreemding van daardie onroerende goed te verbied of te beperk nadat 'n reg om 'n voordeel in verband met daardie onroerende goed of 'n fonds waarvan daardie onroerende goed 'n deel uitmaak of wat van daardie onroerende goed of so 'n fonds afkomstig is, te geniet, inge-



volge die testament of ander dokument op die derde opeenvolgende begunstigde oorgegaan het nie.

- (2) Nadat 'n beperking op vervreemding ingevolge subartikel (1) opgehou het om ten opsigte van enige onroerende goed regsrag te hê, bly beoelde onroerende goed daarna in alle ander opsigte, of as dit verkoop word, is die opbrengs of enige belegging van die opbrengs daarvan daarna in alle ander opsigte *mutatis mutandis*, onderworpe aan die bedinge, voorwaardes en trusts vervat in die testament of ander dokument wat op daardie onroerende goed betrekking het."

Artikels 6 en 8 van die Wet beperk kennelik 'n testateur se vermoë om by wyse van testament langdurige beheer ten opsigte van die benutting van bates uit te oefen. In hierdie verband kom dié bepalings ooreen met soortgelyke reëlins wat in die gemene reg gegeld het.<sup>188</sup> Die negatiewe ekonomiese gevolge wat die oplê van langdurige beperkings op onroerende goed inhou, fundeer die reëlins in bogenoemde bepalings vervat. Sodanige negatiewe gevolge sluit onder andere in die waardevermindering van die betrokke bates, die akkumulasie van (eiendoms)belasting, die feit dat veral onroende bates met verloop van tyd ongeskik kan raak vir benutting op die wyse wat die testateur bedag het en die feit dat 'n vervreemdingsverbod die verkryging van 'n verband op onroerende bates kan teenwerk.<sup>189</sup>

#### **4 3 2 2      *Die beperking van testeervryheid op grond van artikels 20 en 21 van die Mineraalwet***

Artikel 20(1) van die Mineraalwet<sup>190</sup> bepaal soos volg:

"Ondanks enige andersluidende wetsbepalings, maar behoudens artikels 71 (2) (a) en 73bis van die Registrasie van Aktes Wet, 1937 (Wet No. 47 van 1937),

---

<sup>188</sup>Sien 2 3 3 2 en 3 3 3 vir die gemeenregtelike posisie.

<sup>189</sup>Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 293; 642.

<sup>190</sup>Wet 50 van 1991.

word geen akte wat, indien dit geregistreer sou word, uitvoering sou gee aan-

- (a) die verdeling van 'n reg op enige mineraal of minerale ten opsigte van grond tussen twee of meer persone in onverdeelde aandeel; of
- (b) 'n vermeerdering van die aantal houers van onverdeelde aandeel in 'n reg op enige mineraal of minerale ten opsigte van grond,

en indien sodanige reg van die eiendom van die betrokke grond geskei is of by registrasie van sodanige akte aldus geskei staan te word, deur die betrokke registrateur van aktes geregistreer nie, tensy die Direkteur-generaal kragtens subartikel (3) sodanige verdeling of vermeerdering skriftelik goedgekeur het."

Artikel 21 van dieselfde Wet bepaal soos volg:

"Indien voldoening aan 'n testamentêre beskikking of die reg betreffende intestate erfopvolging verdeling of vermeerdering soos bedoel in artikel 20 (1) tot gevolg sal hê en die Direkteur-generaal kragtens artikel 20 (3) geweier het om so 'n verdeling of vermeerdering goed te keur en die betrokke erfgename of begunstigdes nie in staat is om tot 'n ooreenkoms te kom wat nie so 'n verdeling of vermeerdering tot gevolg sal hê nie, moet die eksekuteur in die betrokke boedel, ondanks enige andersluidende wetsbepalings of testamentêre bepalinge, die betrokke reg op 'n mineraal of 'n onverdeelde aandeel daarin te gelde maak en oor die netto opbrengs daarvan beskik ooreenkomstig sodanige testamentêre beskikking of die reg betreffende intestate erfopvolging, na gelang van die geval."

Een van die verklaarde oogmerke van die Mineraalwet is om die optimale benutting van Suid-Afrika se natuurlike hulpbronne te verseker. Bogaande bepalinge is tekenend van die maatreëls in hierdie Wet vervat ten einde die onderbenutting van minerale deur die onekonomiese en/of oormatige fragmentering van mineraalregte te bekamp. Aangesien sodanige verdeling ook in 'n testament kan voorkom, maak artikel 21 uitdruklik voorsiening vir die beperking van testeervryheid in hierdie verband ten einde aan genoemde ekonomiese



oogmerke van die onderhawige Wet uitvoering te gee.<sup>191</sup>

#### 4 3 2 3 *Die beperking van testeervryheid op grond van artikel 13 van die Wet op die Beheer oor Trustgoed*

Artikel 13 van die Wet op die Beheer oor Trustgoed<sup>192</sup> verleen soos reeds getoon aan 'n hof die bevoegdheid om enige trustbepaling te skrap of te wysig op aansoek van 'n trustee of enige persoon wat na sodanige hof se oordeel voldoende belang by die trustgoed het. 'n Hof kan ook ten opsigte van sodanige bepaling enige bevel gee wat die hof billik ag, met inbegrip van 'n bevel waarby bepaalde trustgoed deur bepaalde ander trustgoed vervang word of 'n bevel wat die betrokke trust beëindig. 'n Hof kan tot bogenoemde stappe beweeg word indien die betrokke bepaling gevolge teweegbring wat die oprigter van die trust na die hof se oordeel nie beoog of voorsien het nie en wat die bereiking van die oprigter se oogmerke belemmer of die belange van bevoorreedes benadeel of in stryd met die openbare belang is.

De Waal doen aan die hand dat die hof se bevoegdheid om ingevolge bogenoemde artikel die bepaling van 'n testamentêre trust te wysig of sodanige trust te beëindig, ook aan die hand van ekonomiese oorwegings regverdig kan word.<sup>193</sup> Langs die weg van artikel 13 kan die ongewenste gevolge van 'n langdurige onproduktiewe vassit van trustkapitaal byvoorbeeld besweer word.

Die uitspraak in *Ex parte Jewish Colonial Trust: in re Estate Nathan* kan as voorbeeld in hierdie verband voorgehou word.<sup>194</sup> Die testateur het *in casu* sy boedelbates vir vyftig jaar by wyse van testamentêre trust vasgesit. Na afloop van dié tydperk moes die administrateurs van sy boedel die restant van die boedel aan die Jewish Colonisation Trust betaal "for the

---

<sup>191</sup>Kahn *Law of Succession Supplement* 11; Barker *The Drafting of Wills* 69.

<sup>192</sup>Wet 57 van 1988.

<sup>193</sup>In Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G16; 1997 *Stell LR* 172. Sien ook Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 640.

<sup>194</sup>1967 4 SA 397 (N). Sien ook *Ex parte Gowans: in re Estate Saunders Employees' Trust* 1977 3 SA 486 (D); *Ex parte Watling* 1982 1 SA 936 (K); *Ex parte Sidelsky* 1983 4 SA 598 (K); *Administrators, Estate Richards v Nichol* 1996 4 SA 253 (K).



purpose of creating a fund which shall be named 'The Solomon Nathan Family Fund' and be used in the restoration of the Jews to their ancient home in Palestine either by requisition of lands, financial assistance or otherwise in such manner as may be found most expedient". Sewe jaar voor die verstryking van die genoemde vyftig jaar-periode doen die Jewish Colonisation Trust aansoek om 'n bevel dat die trust dadelik beëindig en die restant van die boedel aan hulle betaal word. Die Jewish Colonisation Trust baseer die aansoek op die oorweging dat 'n onvoorsiene verandering in omstandighede sedert die dood van die testateur die vroeë beëindiging van die trust regverdig. In die besonder word aangevoer dat die fondse in die trust enersyds dringend benodig word ter verligting van die finansiële las verbonde aan die hervestiging van Jode in die nuwe onafhanklike staat Israel, terwyl die invloed van inflasie andersyds die waarde van die geld in die trust in die oorblywende sewe jaar-periode nadelig kan beïnvloed.

Adjunk regter-president Caney oorweeg die aansoek in die lig van die hof se gemeenregtelike bevoegdheid tot die wysiging van die bepalings van 'n testament op grond daarvan dat die testament sodanige wysiging by noodwendige implikasie magtig of op grond daarvan dat 'n onvoorsiene verandering in omstandighede die uitvoering van sodanige bepalings onmoontlik of onprakties maak.<sup>195</sup> In hierdie verband word enersyds beslis dat die testateur as ervare besigheidsman inderdaad die beweerde verandering in omstandighede voorsien het maar steeds bedoel het dat sy testament ten spyte van sodanige verandering werking moet geniet.<sup>196</sup> Andersyds word beslis dat die testament nie by noodwendige implikasie wysiging in die onderhawige geval magtig nie en dat die uitvoering van die betrokke bepalings voorts nie onmoontlik of onprakties is nie.<sup>197</sup> Die aansoek word derhalwe van die hand gewys.

Dit word in oorweging gegee dat die objektiewe kriterium van artikel 13 van die Wet op die Beheer oor Trustgoed dit inderdaad moontlik maak om op grond van ekonomiese oorwegings

---

<sup>195</sup>Die hof volg in hierdie verband 'n streng benadering deur nie soos in latere uitsprake ook op die oorweging te let dat 'n verandering in omstandighede uitvoering van die betrokke bepalings uiters onredelikheid ("utterly unreasonable") maak nie. Sien 4 2 2 7.

<sup>196</sup>1967 4 SA 397 (N) 406A-D; 408B.

<sup>197</sup>1967 4 SA 397 (N) 411A-H.



'n wysiging soos dié in die *Nathan*-saak versoek, te bewerkstellig. Die getuienis *in casu* regverdig waarskynlik die standpunt dat die testament inderdaad ekonomiese gevolge teweeggebring het wat die bereiking van die testateur as oprigter se oogmerke belemmer het of wat die belange van bevoordeeldes benadeel het.<sup>198</sup> Cronjé en Roos toon egter tereg dat 'n soortgelyke aansoek ingevolge artikel 13 moontlik eweneens sou misluk aangesien adjunk regter-president Caney van mening was dat die testateur inderdaad die beweerde verandering in omstandighede voorsien het en dat die bepalings van die testament derhalwe nie gevolge meegebring het wat die testateur, ooreenkomstig die subjektiewe kriterium van die artikel, nie beoog of voorsien het nie. Die skrywers wys wel daarop dat die adjunk regter-president se bevinding in hierdie verband grotendeels op sy siening van die feite berus en dat 'n ander feitebevinding derhalwe wel die subjektiewe kriterium van artikel 13 kan bevredig.<sup>199</sup>

#### 4 3 2 4      ***Die beperking van testeervryheid op grond van artikel 37C van die Wet op Pensioenfondse***

Artikel 37C(1) van die Wet op Pensioenfondse<sup>200</sup> bepaal soos volg:

"Ondanks andersluidende bepalings van 'n wet of van die statute van 'n geregistreerde fonds, maar behoudens 'n pand ooreenkomstig artikel 19 (5) (b) (i) en behoudens die bepalings van artikels 37A (3) en 37D, maak enige voordeel wat deur so 'n fonds by afsterwe van 'n lid betaalbaar is, nie deel van die bates in die boedel van so 'n lid uit nie, maar word op die volgende wyse daarmee gehandel:

- (a) Indien die fonds binne twaalf maande na die dood van die lid van 'n afhanklike of afhanklikes van die lid te wete kom of 'n afhanklike of afhanklikes van die lid opspoor, word die voordeel aan sodanige afhanklike of,

---

<sup>198</sup>Sien byvoorbeeld die getuienis op 404E-408A oorweeg.

<sup>199</sup>*Erfreg Vonnisbundel* 361.

<sup>200</sup>Wet 24 van 1956.

wat billik geag word deur die raad, aan een van sodanige afhanklikes of in verhoudings aan sommige van of al sodanige afhanklikes betaal.

- (b) Indien die fonds nie binne twaalf maande na die dood van die lid van 'n afhanklike van die lid te wete kom of 'n afhanklike van die lid opspoor nie, en die lid 'n benoemde wat nie 'n afhanklike van die lid is nie, skriftelik by die fonds aangewys het om die voordeel of so 'n gedeelte van die voordeel as wat die lid uitdruklik skriftelik aan die fonds meegedeel het, te ontvang, word die voordeel of so 'n gedeelte van die voordeel aan sodanige benoemde betaal: Met dien verstande dat waar die totale bedrag van die skulde in die boedel van die lid die totale bedrag van die bates in sy boedel te bowe gaan, soveel van die voordeel as wat gelyk is aan die verskil tussen bedoelde totale bedrag van skulde en bedoelde totale bedrag van bates in die boedel inbetaal word en die balans van bedoelde voordeel of die balans van so 'n gedeelte van die voordeel as wat die lid uitdruklik skriftelik aan die fonds meegedeel het, aan die benoemde betaal word.

- (bA) Indien 'n lid 'n afhanklike het en die lid ook 'n benoemde skriftelik by die fonds aangewys het om die voordeel of so 'n gedeelte van die voordeel wat die lid skriftelik aan die fonds vermeld het, te ontvang, moet die fonds daardie voordeel of gedeelte daarvan binne twaalf maande na die dood van die lid aan sodanige afhanklike of benoemde betaal in dié verhouding wat die raad billik ag: Met dien verstande dat hierdie paragraaf slegs van toepassing is op die aanwysing van 'n be-



noeming wat gedoen is op of na 30 Junie 1989: Met dien verstande voorts dat, ten opsigte van 'n aanwysing gemaak op of na vermelde datum, hierdie paragraaf nie 'n fonds verbied om die voordeel aan óf 'n afhanklike óf 'n benoemde beoog in hierdie paragraaf of, indien daar meer as een sodanige afhanklike of benoemde is, in verhouding aan enige of al daardie afhanklikes en benoemdes, te betaal nie.

- (c) Indien die fonds nie binne twaalf maande na die dood van die lid van 'n afhanklike van die lid te wete kom of 'n afhanklike van die lid opspoor nie, en indien die lid nie 'n benoemde aangewys het nie, of as die lid 'n benoemde aangewys het om 'n gedeelte van die voordeel wat die lid uitdruklik aan die fonds meegedeel het, te ontvang, word die voordeel of die oorblywende gedeelte van die voordeel na betaling van die benoemde in die boedel van die lid gestort of, indien daar nie ten opsigte van die lid 'n inventaris ingevolge artikel 9 van die Boedelwet, 1965 (Wet No. 66 van 1965), deur die Meester van die Hooggeregshof ontvang is nie, in die Voogdyfonds gestort.<sup>201</sup>

Hierdie bepaling vorm volgens Kahn 'n verdere beperking op testeervryheid.<sup>202</sup> Die bepaling bring mee dat enige voordeel wat deur 'n pensioenfonds aan 'n oorlede lid verskuldig of betaalbaar is, van sodanige lid se boedel uitgesluit is. Die rede vir hierdie posisie is onder andere te vinde in die oorweging dat dit enersyds uitvoering van die reëlings deur 'n lid getref met die instansie wat die betrokke fonds administreer verseker of andersyds

---

<sup>201</sup>Die Tweede Wysigingswet op Finansiële Instellings 54 van 1989 het enkele tersaaklike operasionele veranderinge aan hierdie bepalings aangebring.

<sup>202</sup>*Law of Succession Supplement* 11. Sien in die algemeen ten opsigte van artikel 37C *Kaplan v Professional and Executive Retirement Fund* 1998 4 SA 1234 (W).



uitvoering van die interne reëlins van die betrokke fonds self in die hand werk. Hierdie oorweging is uiteraard van besondere ekonomiese belang vir instansies wat pensioenfondse administreer aangesien dit die handelsaktiwiteite van sodanige instansies fundeer. Die implikasie vir die lid van 'n pensioenfonds is egter dat hy nie by wyse van testament oor die betrokke voordeel uit sodanige fonds kan beskik nie.<sup>203</sup>

#### **4 3 3 Die beperking van testeervyheid ten opsigte van voorskriftelike testamentêre bepalings waardeur gepoog word om die gedrag van begunstigdes en/of die benutting van bates te beheer – 'n besondere studie**

Die wyse waarop die *boni mores* tot voor die inwerkingtreding van die tussentydse en finale Grondwette in die Suid-Afrikaanse reg aangewend is ten einde met testamentêre bepalings te handel wat (potensieël) wederregtelik of teen die goeie sedes is, is kennelik omstrede. Hierdie omstredenheid is veral te bespeur in die benadering tot testamentêre bepalings op ras, nasionaliteit of geloof gegrond waardeur gepoog word om die gedrag van begunstigdes en/of die benutting van bates te beheer.<sup>204</sup> Enersyds bestaan uitvoerige gesag dat testamentêre bevoordeling op grond van ras, nasionaliteit of geloof kan geskied sonder om die *boni mores* in gedrang te bring. Andersyds word hierdie benadering om verskeie redes gekritiseer en bestaan gesag dat bepalings wat op bogenoemde oorwegings berus inderdaad as *contra bonos mores* aangemerkt kan word. Gesag bestaan voorts dat sodanige bepalings enersyds onder verdenking is omrede die inhoud daarvan onuitvoerbaar vaag of onseker is terwyl hierdie bepalings andersyds by verskeie geleenthede inderdaad as duidelik en uitvoerbaar bevind is.

---

<sup>203</sup>Ingevolge artikel 3(3)(a)*bis* van die Boedelbelastingwet 45 van 1955 moet enige voordeel wat deur enige fonds by of as gevolg van die dood van 'n oorledene verskuldig of betaalbaar is, wel vir doeleindes van boedelbelasting as eiendom by sodanige oorledene se boedel ingesluit word.

<sup>204</sup>Ras, nasionaliteit en geloof is by verre die vernaamste oorwegings wat in die onderhawige verband in die Suid-Afrikaanse reg ter sprake kom. Dit is egter nie die enigste sodanige oorwegings wat relevant kan wees nie. In die volgende hoofstuk word byvoorbeeld aan die hand van verskeie grondwetlike regte vervat in die Suid-Afrikaanse Grondwet se Handves van Regte op verdere oorwegings gewys wat in die onderhawige verband 'n rol kan speel. As gevolg van die heersende voorkoms van eersgenoemde drie oorwegings, veral in regspraak, word dit hier by wyse van tersaaklike voorbeeld beskou.



Ten einde hierdie kwessie na behore te ondersoek, word op die volgende drie aangeleenthede gefokus:

- (a) die rol van die *boni mores* ten opsigte van testamentêre verbeuringsbepalings wat op ras, nasionaliteit of geloof berus;
- (b) die rol van die *boni mores* ten opsigte van testamentêre bepalinge met 'n liefdadigheidsdoelmerk wat voordele tot lede van 'n bepaalde ras, nasionaliteit of geloof beperk; en
- (c) die verbandhoudende vraag of die geldigheid van testamentêre bepalinge wat op ras, nasionaliteit of geloof berus, hetsy in die vorm van verbeuringsbepalinge of bepalinge met 'n liefdadigheidsdoelmerk, op grond van vaagheid of onsekerheid in gedrang kom.

#### 4 3 3 1      **Verbeuringsbepalings**

Testamentêre bepalinge (gewoonlik in die vorm van ontbindende of negatief potestatiwende voorwaardes) wat voorsiening maak vir die verbeuring van voordele indien 'n begunstigde van 'n bepaalde geloof afstand doen of met lede van 'n bepaalde ras, nasionaliteit of geloof trou, is aan die Suid-Afrikaanse reg welbekend. Testateurs poog dikwels om langs die weg van sodanige voorskriftelike bepalinge die gedrag van begunstigdes te beheer ooreenkomstig oorwegings wat met ras, nasionaliteit of geloof verband hou.<sup>205</sup> Sodanige bepalinge is vroeg

---

<sup>205</sup>Testateurs is in hierdie verband nie tot ontbindende voorwaardes beperk nie maar kan ook van opskortende voorwaardes gebruik maak ten einde die beoogde beheer uit te oefen. Sien die regspraak onder 4 3 1 3 aangehaal vir voorbeelde in laasgenoemde verband. In die lig van die heersende voorkoms in die Suid-Afrikaanse reg van ontbindende voorwaardes as verbeuringsbepalinge te dien effekte, fokus die onderhawige bespreking op hierdie tipe voorwaardes. Verbeuringsbepalinge is in hierdie verband ook nie tot die keuse van 'n begunstigde se geloof of lewensmaat beperk nie. Soos uit die volgende hoofstuk sal blyk, kan sodanige bepalinge ook ten opsigte van 'n begunstigde se keuse van byvoorbeeld lewenswyse, beroep, politieke affiliasie of assosiasie binne onder andere taal- of kultuurverband te berde kom. In die lig van die heersende voorkoms in die Suid-Afrikaanse reg van verbeuringsbepalinge ten opsigte van die keuse van geloof of 'n lewensmaat, fokus die onderhawige bespreking op hierdie tipe bepalinge.



reeds in die Suid-Afrikaanse reg as geldig erken.<sup>206</sup> In *Aronson v Estate Hart*, die *locus classicus* ten opsigte van die sogenaamde "Jewish faith and race clauses", het die testatris se testament byvoorbeeld 'n voorwaarde bevat waarvolgens 'n begunstigde sy/haar bevoordeling sou verbeur indien hy/sy "should marry a person not born in the Jewish faith or forsake the Jewish faith".<sup>207</sup> Die hof beslis dat so 'n verbeuringsbepaling nie as *contra bonos mores* en derhalwe nietig aangemerkt kan word nie. Appèlregter Greenberg fokus op sosiale oorwegings ter regverdiging vir sy standpunt in laasgenoemde verband. Hy is naamlik van mening dat 'n huwelik tussen 'n Jood en nie-Jood geredelik tot verhoogde spanning en onversoenbare verskille tussen die gades kan lei. Die kinders wat uit so 'n huwelik gebore word, kan voorts maklik die slagoffers van sodanige gesinsprobleme word. Appèlregter Greenberg beslis derhalwe:<sup>208</sup>

"I know of no principle in law which would make it contrary to public policy for him [’n testateur] to attempt (according to his rights) to safeguard his descendants against these perils."

Appèlregter Van den Heever verlaat hom veral op gemeenregtelike gesag vir sy beslissing ten gunste van die geldigheid van bogenoemde bepaling. Die appèlregter kom na 'n ondersoek van gemeenregtelike bronne tot die gevolgtrekking dat die oorwig van gesag die standpunt steun dat die onderhawige verbeuringsbepaling nie *contra bonos mores* is nie:<sup>209</sup>

"There is nothing immoral or against public policy in a Jew remaining true to the faith of his fathers and a condition that he shall not marry a person of another religion is conducive to harmonious and happy marriages. (P. Voet *de Statut.*, sec. 5 cap. 2 n. 3)."

---

<sup>206</sup>*Ex parte Marks' Executors* 1921 TPA 284; *Ex parte Administrators Estate Lesser* 1940 TPA 11; *Scott v Estate Scott* 1943 NPA 7; *Fram v Fram* 1943 TPA 362.

<sup>207</sup>1950 1 SA 539 (A).

<sup>208</sup>1950 1 SA 539 (A) 546.

<sup>209</sup>1950 1 SA 539 (A) 567. Sien 2 3 3 1 en 3 3 2 vir die gemeenregtelike posisie.



Die uitspraak in *Aronson v Estate Hart* gaan egter onder uiteenlopende kritiek gebuk. Die belangrikste punte van kritiek is die volgende:

- (a) Appèlregter Van den Heever se steun op gemeenregtelike gesag is om twee redes onvanpas. Enersyds is die verwysing na gemeenregtelike gesag ten einde oor die onderhawige kwessie binne die moderne tydsgewrig te beslis, onder verdenking. Hahlo verklaar in hierdie verband:<sup>210</sup>

"[I]t is...submitted that questions of public policy today cannot be resolved by reliance on writers who flourished several hundred years ago. Times change and conceptions of public policy change with them."

Andersyds bestaan gemeenregtelike gesag wat die appèlregter se standpunt weerlê, naamlik dat verbeuringsbepalings soos die onderhawige inderdaad in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg ongeldig was, nie alleen omdat bekering tot die Christendom daardeur verhinder is nie maar ook omdat dit inbreuk op die fundamentele reg tot geloofsvryheid tot gevolg het.<sup>211</sup>

- (b) Die eietydse fundamentele regte tot geloofsvryheid en vryheid tot keuse van 'n lewensmaat kom in gedrang by streng handhawing van verbeuringsbepalings soos die onderhawige. Die sosiale oorwegings waarop appèlregter Greenberg sy uitspraak baseer, is derhalwe nie ter sake nie. Die vraag is dus nie of 'n huwelik tussen byvoorbeeld 'n Jood en nie-Jood goed of sleg is nie, nog minder is die vraag of die betrokke testateur van mening is dat sodanige huwelik goed of sleg is. Hahlo stel dit soos volg:<sup>212</sup>

"The question is whether it is contrary to our notions of

---

<sup>210</sup>1950 *SALJ* 240.

<sup>211</sup>Joubert 1968 *SALJ* 419. Sien veral 3 3 2.

<sup>212</sup>1950 *SALJ* 240.

propriety that a testator should be allowed to use the power of the purse to force his descendants for one, two or more generations to profess a faith which they may no longer hold and to refrain from following the dictates of their hearts in the choice of a mate if such choice happens to conflict with the ideas of their deceased ancestor."

Hahlo beantwoord hierdie vraag positief: dit is volgens hom verwerplik om 'n testateur binne die moderne tydsgewrig die vryheid te gun om deur middel van materiële aansporing op voorskriftelike wyse in te meng in die uitoefening van ander se persoonlike vryhede en keuses.<sup>213</sup> In *Stevenson v Greenberg*<sup>214</sup> en *Ex parte Administrators Estate Sandler*<sup>215</sup> ondervang die hof wel die onderhawige probleem deur die betrokke bepalings streng uit te lê sodat dit slegs 'n begunstigde tref wat buite die Joodse geloof trou nadat sodanige begunstigde op 'n testamentêre voordeel geregtig geword het. In beide sake het 'n begunstigde wat voor die dood van die testateur buite die Joodse geloof getrou het derhalwe nie die betrokke voordeel verbeur nie.

- (c) Corbett *et al* wys daarop dat Suid-Afrikaanse howe geredelik van Engelsregtelike gesag gebruik maak ten einde die onderhawige kwessie aan te spreek.<sup>216</sup> In *Hodgson v Halford* beslis die *Chancery Division* byvoorbeeld dat die geldigheid van 'n verbeuringsbepaling nie op grond van beleidsoorwegings aangeval kan word nie.<sup>217</sup> Hahlo voer egter aan dat die *Hodgson*-saak beslis is in 'n era waartydens die leerstuk

---

<sup>213</sup>1950 SALJ 242. Sien ook *Ex parte Dessels* 1976 1 SA 851 (D) waar 'n testateur gepoog het om sy vrou se bewegingsvryheid en vryheid van assosiasie langs die weg van voorskriftelike voorwaardelike testamentêre bevoordeling te beperk. Corbett *et al* *Law of Succession* 122 is van mening dat die betrokke voorwaardes *in casu* inderdaad as *contra bonos mores* aangemerkt kan word.

<sup>214</sup>1960 2 SA 276 (W).

<sup>215</sup>1976 4 SA 930 (K).

<sup>216</sup>*Law of Succession* 119 n 73.

<sup>217</sup>(1879) 2 ChD 959.



van *laissez faire* tot groot hoogte in die Engelse openbare en private lewe gevoer is. Die vryheid van die individu om na willekeur oor sy bates te beskik, was een van die grondwaardes van dié era. Met verloop van tyd het die Engelse howe egter hul afkeer van verbeuringsbepalings soos die onderhawige uitgespreek. In *Clayton v Ramsden* sê Lord Atkin byvoorbeeld:<sup>218</sup>

"For my own part, I view with disfavour the power of testators to control from their grave the choice in marriage of their beneficiaries."

Latere Engelse beslissings kon egter, hierdie afkeer ten spyt en gebind deur presedent, bloot eersgenoemde benadering bevestig.<sup>219</sup> Hahlo doen derhalwe aan die hand dat die Engelse reg nie veel tot oplossing van die onderhawige kwessie bydra nie.<sup>220</sup>

- (d) Die *Aronson*-uitspraak is nie te versoen met die benadering in die Suid-Afrikaanse reg ten opsigte van kontrakte ingevolge waarvan huwelike vir geldelike gewin gereël word nie. Sogenaamde "marriage brokerage contracts" is naamlik in die Suid-Afrikaanse reg nietig synde *contra bonos mores*.<sup>221</sup> Die erkenning van testamentêre verbeuringsbepalings bied derhalwe aan 'n persoon die geleentheid om op indirekte wyse na sy dood te doen dit wat hy nie tydens sy lewe kon vermag nie.<sup>222</sup>

Die regsposisie ten opsigte van testamentêre verbeuringsbepalings wat op ras, nasionaliteit of geloof gegrond is, is duidelik onbevredigend en verdien heroorweging. Dit behoeft geen

---

<sup>218</sup>[1943] 1 All ER 16 17.

<sup>219</sup>Sien byvoorbeeld *Blathwayt v Lord Cawley* [1975] 3 All ER 625.

<sup>220</sup>1950 SALJ 241. Sien 6 2 2 2 3 1 vir 'n volledige bespreking van die Engelsregtelike posisie.

<sup>221</sup>Hahlo 1950 SALJ 243. Sien *King v Gray* (1907) 24 SC 554 maar vergelyk *AB Wall's Marriage Bureau v Pienaar* 1986 2 SA 165 (T); *Olsen v Stadeloof* 1983 2 SA 668 (ZS).

<sup>222</sup>Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 648.

betoog dat grondwetlike beginsels 'n bepalende rol ten opsigte van sodanige herooring sal speel nie.<sup>223</sup>

#### 4 3 3 2 *Bepalings met 'n liefdadigheidsmerk (piae causae)*

Die Suid-Afrikaanse reg vereis dat bepalings met 'n liefdadigheidsmerk (dikwels in die vorm van liefdadigheids trusts) 'n element van openbare belang moet bevat ten einde as sodanig te kwalifiseer. Die definisie van openbare belang soos in hierdie verband in *Ex parte Henderson* geformuleer, maak dit duidelik dat die vereiste van openbare belang ook binne groepsverband bevredig kan word.<sup>224</sup>

"[T]here must be an element of public benefit in a bequest for charitable purposes, although not necessarily for the community at large... The providing of assistance to comparatively small but distinct and identifiable groups of people in need thereof might be a charitable purpose, as might be the advancement of a small section of the community in a respect which is calculated to serve some public interest."

In hierdie lig verbaas dit nie dat bepalings met 'n liefdadigheidsmerk wat die benutting van bates aan die hand van ras, nasionaliteit of geloof beheer, veral deur voordele tot lede van 'n bepaalde rasse-, nasionaliteits- of geloofsgroep te beperk, aan die Suid-Afrikaanse reg welbekend is nie.<sup>225</sup> Ook sodanige bepalings is vroeg reeds in die Suid-Afrikaanse reg as geldig erken.<sup>226</sup> In *Marks v Estate Gluckman* kry die appèlhof die geleentheid om oor die

---

<sup>223</sup>Hierdie taak word in Hoofstukke 5 en 8 onderneem.

<sup>224</sup>1971 4 SA 549 (D) 554A-B.

<sup>225</sup>Testateurs is eweneens in hierdie verband nie tot bepalings met 'n liefdadigheidsmerk beperk ten einde die beoogde beheer uit te oefen nie - ander bepalings kan ook vir hierdie doel gebruik word. In die lig van die heersende voorkoms in die Suid-Afrikaanse reg van eersgenoemde bepalings te dien effek, fokus die onderhawige bespreking op hierdie tipe bepalings.

<sup>226</sup>Sien byvoorbeeld *Ex parte Bosman* 1916 TPA 399.



aangeleentheid te beslis.<sup>227</sup> Die testateur se testamentêre trust het *in casu* voorsiening gemaak vir die betaling van beurse aan studente aan die Universiteit van die Witwatersrand. Die testateur het onder andere bepaal dat elke ontvanger van 'n beurs "a Jew or Jewess (not converted)" moet wees en dat 'n beurs sal verval "if the grantee prove religiously inclined". Die geldigheid van die trust word betwis, onder andere op grond daarvan dat eersgenoemde kwalifikasie vaag en onduidelik is en dat laasgenoemde kwalifikasie *contra bonos mores* is. Appèlregter Tindall beslis na 'n ontleding van gemeenregtelike gesag dat voordele ingevolge 'n bepaling met 'n liefdadigheidsoogmerk inderdaad tot 'n geïdentifiseerde groep begunstigdes beperk kan word en dat 'n trust soos die onderhawige "for educational purposes of a public nature" wel as 'n bepaling met 'n liefdadigheidsoogmerk kwalifiseer. Die appèlregter is gevolglik van mening dat 'n toegeeflike benadering ooreenkomstig gemeenregtelike beginsels ten opsigte van die trust *in casu* gevolg moet word.<sup>228</sup> Appèlregter Tindall bevind ingevolge hierdie toegeeflike benadering dat die potensiële begunstigdes wel met voldoende sekerheid aangedui is en dat die trust derhalwe nie op grond van vaagheid of onduidelikheid ongeldig is nie.<sup>229</sup> Hy is voorts van mening dat die tweede kwalifikasie hierbo nie *contra bonos mores* is nie omdat dit in versoekende eerder as gebiedende terme gestel is en die inhoud daarvan nie met sekerheid bepaal kan word nie.<sup>230</sup> Die hof hanteer hierdie aangeleentheid besonder oorsigtelik en laat hom nie werklik uit oor die beginselvraag of 'n bepaling soos laasgenoemde strydig met die regsoortuigings van die gemeenskap is nie.

Die *Marks*-beslissing is gevolg deur velerlei uitsprake waarin bepalinge met 'n liefdadigheidsoogmerk wat voordele tot lede van 'n bepaalde ras, nasionaliteit of geloof beperk of die benutting van bates aan die hand van sodanige oorwegings beheer, as geldig aanvaar is. So is byvoorbeeld 'n trust wat 'n perseel beskikbaar stel as 'n "haven of rest for tired European missionaries",<sup>231</sup> 'n trust "for the assistance and encouragement of *bona fide*

---

<sup>227</sup>1946 AA 289.

<sup>228</sup>1946 AA 289 311-313.

<sup>229</sup>1946 AA 289 313. Sien ook 4 3 3 3.

<sup>230</sup>1946 AA 289 310.

<sup>231</sup>*Ex parte Robinson* 1953 2 SA 430 (K).



inventors of British nationality",<sup>232</sup> 'n trust vir die opleiding van "Natal European orphaned girls and boys",<sup>233</sup> 'n trust vir die daarstel van tehuise vir "destitute children of British parentage"<sup>234</sup> en 'n trust vir die daarstel van 'n "home of rest for generally trained non-European nurses"<sup>235</sup> al as geldig en nie *contra bonos mores* nie bevind.

'n Uitspraak wat 'n teenoorgestelde denkrigting openbaar, is dié van regter Berman in *Ex parte President of the Conference of the Methodist Church of Southern Africa: in re William Marsh Will Trust*.<sup>236</sup> *In casu* het die testateur, William Marsh, se testamentêre liefdadigheidstrust onder andere voorsiening gemaak vir die daarstel en onderhoud van "a home for destitute white children", geskoei op die lees van tehuise deur ene Stephenson in Londen opgerig. Verskeie "Marsh Memorial Homes" het diensengevolge tot stand gekom. Die Metodiste Kerk het in die sewentigerjare van die vorige eeu die administrasie van hierdie tehuise oorgeneem. Met verloop van tyd het die getal behoeftige blanke kinders dermate afgeneem dat dit moeilik was om die tehuise te vul. Gedurende die vyftigerjare was daar byvoorbeeld meer as honderd en twintig kinders in die tehuise maar ten tyde van die onderhawige geding het die tehuise slegs ongeveer sestig kinders gehuisves en was die verwagting dat hierdie getal verder sou verminder. Die president van die Metodiste Kerk het in 1993 ingevolge artikel 13 van die Wet op die Beheer oor Trustgoed<sup>237</sup> aansoek gedoen om die wysiging van die bepalinge van die trustakte - daar is onder andere gevra om skraping van die woord "white" uit die trustakte ten einde die tehuise tot die beskikking van lede van alle bevolkingsgroepe te stel. Die president van die kerk het onder andere aangevoer dat die Metodiste Kerk in Suidelike Afrika volkome nie-rassig is en dat die kerk derhalwe nie vir lief neem met die onderhawige testamentêre bepalinge wat op rasse-eksklusiwiteit gemik is nie.

---

<sup>232</sup>*Standard Bank v Betts Brown* 1958 3 SA 713 (N).

<sup>233</sup>*Ex parte Marriott* 1960 1 SA 814 (D).

<sup>234</sup>*Ex parte Rattray* 1963 1 SA 556 (D).

<sup>235</sup>*Ex parte Impey* 1963 1 SA 740 (K).

<sup>236</sup>1993 2 SA 697 (K).

<sup>237</sup>Wet 57 van 1988.



Ingevolge artikel 13 van die Wet op die Beheer oor Trustgoed kan 'n hof enige trustbepaling skrap of wysig op aansoek van 'n trustee of enige persoon wat na sodanige hof se oordeel voldoende belang by trustgoed het. 'n Hof kan ook ten opsigte van sodanige bepaling enige bevel gee wat die hof billik ag, met inbegrip van 'n bevel waarby bepaalde trustgoed deur bepaalde ander trustgoed vervang word of 'n bevel wat die betrokke trust beëindig. 'n Hof kan tot bogenoemde stappe beweeg word indien die betrokke bepaling gevolge teweegbring wat die oprigter van die trust na die hof se oordeel nie beoog of voorsien het nie en wat die bereiking van die oprigter se oogmerke belemmer of die belange van bevoordeeldes benadeel of in stryd met die openbare belang is.

Regter Berman beslis eerstens dat frustrasie en selfs onuitvoerbaarheid van die testateur se bedoeling om tehuise geskoei op dié van Stephenson in Londen tot stand te bring, in die hand gewerk word deur 'n rassebeperking wat nie op die Londense tehuis van toepassing is nie.<sup>238</sup> Hierdie rassebeperking bring mee dat aan die subjektiewe kriterium van artikel 13 voldoen word.<sup>239</sup>

"[T]his particular provision of the trust instrument has brought about consequences which the late William Marsh neither contemplated nor foresaw, viz that the home which he wished to establish upon his death in his name, would, in a changing world, the nature of which he could not envisage, become emptier and emptier as the white-skinned section of the population became increasingly affluent and the number of children in destitute circumstances to whom he limited the enjoyment of his beneficence would continually decrease."

Regter Berman spreek die objektiewe kriterium van artikel 13 aan op grond van die oorweging dat die betrokke trustbepaling wat trustvoordele tot blanke kinders beperk, in stryd met die openbare belang is. Die regter gee toe dat die begrip "openbare belang" nie sonder meer duidelik en omvattend omskryf kan word nie. Die rassebeperking word nietemin as

---

<sup>238</sup>1993 2 SA 697 (K) 702G-703A.

<sup>239</sup>1993 2 SA 697 (K) 703B-C.

strydig met die openbare belang bevind:<sup>240</sup>

"It cannot seriously be contended that by continuing to restrict the intake of destitute children to the homes to those whose skins are white will better serve the interests of the public than to open their half-empty premises to children who are destitute but are excluded therefrom solely by reason of the fact that their skin is coloured brown or black or indeed any other colour but white. The contrary is unarguably the case - the interest of the public in this country, the inhabitants of which are mainly non-white, cries out for the need to house and care for destitute children, whatever their ethnological characteristics may be."

Die aansoek om skrapping van die woord "white" uit die trustbepalings word om bogenoemde redes toegestaan.

Die *William Marsh*-uitspraak gaan egter nie vry van kritiek nie. Van der Spuy argumenteer naamlik dat regter Berman sowel die subjektiewe as objektiewe kriteria van artikel 13 verkeerd toegepas het.<sup>241</sup> Ten opsigte van die subjektiewe kriterium wys die skrywer eerstens daarop dat die regter bloot aanvaar dat 'n skaarste aan hulpbehoewende blanke kinders bestaan terwyl geen getuienis voorgehou is om sodanige aanname te staaf nie.<sup>242</sup> Die skrywer is tweedens van mening dat die regter se interpretasie van die testateur se liefdadigheidsoogmerk verkeerd is. Dié oogmerk was naamlik om hulpbehoewende blanke kinders in die besonder te bevoordeel, nie hulpbehoewende kinders in die algemeen nie. Die verwysing na die Londense tehuis (wat klaarblyklik lede van alle rasse toelaat) is derhalwe aanduidend van die metode waarop die liefdadigheidsoogmerk bereik moet word en nie (soos regter Berman te kenne gee) die liefdadigheidsoogmerk self nie.<sup>243</sup> Wat die objektiewe

---

<sup>240</sup>1993 2 SA 697 (K) 703I-J.

<sup>241</sup>1993 *De Jure* 447.

<sup>242</sup>1993 *De Jure* 452.

<sup>243</sup>1993 *De Jure* 452-453.



kriterium betref, is Van der Spuy eerstens van mening dat regter Berman verkeerdlik die betrokke trustbepalings as sodanig as strydig met die openbare belang sien terwyl artikel 13 eerder vereis dat dié bepalinge se gevolge in stryd met die openbare belang moet wees.<sup>244</sup> Van der Spuy kritiseer tweedens die regter se toepassing van die toets "strydig met die openbare belang". Die skrywer toon dat die bepalende oorweging nie is of die voorgestelde wysiging die openbare belang beter sal dien as die bestaande bepalinge nie (soos regter Berman te kenne gee) maar eerder of die gevolge van die bestaande bepalinge strydig met die openbare belang is.<sup>245</sup> Die skrywer is ten slotte van mening dat regter Berman ten onregte die openbare belang aan die belang van die meerderheid landsburgers gelykstel. Die regter ignoreer sodoende die howe se standpunt waarna hierbo verwys is, naamlik dat dit 'n testateur in die uitoefening van sy testeervryheid vrystaan om 'n bemaking met 'n liefdadigheidsoogmerk tot voordeel van 'n bepaalde groep te maak.<sup>246</sup>

Dit is opvallend dat Van der Spuy se kritiek hoofsaaklik gerig is teen die hof se interpretasie van die onderskeie kriteria deur artikel 13 neergelê en die gevolglike verkeerde toepassing van die artikel op die feite van die saak. Hierdie kritiek word allerweë as geregverdig gesien.<sup>247</sup> Dit is egter insiggewend dat, juis as gevolg van die interpretasiefout wat regter Berman oënskynlik gemaak het, hy die betrokke trustbepalings as sodanig inderdaad as strydig met die openbare belang aanmerk en van mening is dat die voorgestelde wysiging eweneens in die openbare belang sal wees. Die *William Marsh*-uitspraak dui derhalwe, die geregverdigde kritiek wat daarteen ingebring kan word ten spyt, op 'n klaarblyklike bereidwilligheid om die *boni mores* of openbare belang as beperkende maatstaf aan te wend ten opsigte van bemakings met 'n liefdadigheidsoogmerk wat op ras, nasionaliteit of geloof gegrond is.<sup>248</sup>

---

<sup>244</sup>1993 *De Jure* 454.

<sup>245</sup>1993 *De Jure* 454.

<sup>246</sup>1993 *De Jure* 454-455.

<sup>247</sup>Sien byvoorbeeld Cronjé en Roos *Erfreg Vonnisbundel* 372.

<sup>248</sup>Sien ook Nadasen en Pather 1995 *Stell LR* 256.

Die regspisies ten opsigte van bemakings met 'n liefdadigheidsmerk wat op ras, nasionaliteit of geloof geskoei is, verdien eweneens herooring. Grondwetlike beginsels sal, soos in die geval van testamentêre verbeuringsbepalings, hierin ongetwyfeld 'n bepalende rol speel.<sup>249</sup>

#### 4 3 3 3      *Vaagheid of onsekerheid van bepalinge op ras, nasionaliteit of geloof gegrond*

In die Suid-Afrikaanse reg word 'n testamentêre bepaling wat vaag of onseker is en derhalwe nie vir redelike vertolking vatbaar is nie, as *pro non scripto* gereken.<sup>250</sup>

Ten opsigte van testamentêre verbeuringsbepalings het Suid-Afrikaanse hofe aanvanklik die Engelsregtelike benadering met betrekking tot hierdie aangeleentheid gevolg. In vroeë Suid-Afrikaanse beslissings is in hierdie verband geredelik op twee *dicta* gesteun. Enersyds dié van Lord Cranworth in *Clavering v Ellison*:<sup>251</sup>

"[W]here a vested estate is to be defeated by a condition on a contingency that is to happen afterwards, that condition must be such that the court can see from the beginning, precisely and distinctly, upon the happening of what event it was that the preceding vested estate was to determine."

Andersyds dié van Lord Romer in *Clayton v Ramsden*:<sup>252</sup>

"[I]t behoves him [die testateur] to define with the greatest precision and in the

---

<sup>249</sup>Hierdie taak word in Hoofstukke 5 en 8 onderneem.

<sup>250</sup>*Grusd v Grusd* 1946 AA 465 476; 478; *Aronson v Estate Hart* 1950 1 SA 539 (A) 556-557; *Ex parte Mouton* 1955 4 SA 460 (A) 465G; *Barnett v Estate Schereschweske* 1957 3 SA 679 (K) 684D; *Corbett et al Law of Succession* 123; De Waal en Schoeman *Erfreg* 97.

<sup>251</sup>(1859) 7 HL Cas 707 725.

<sup>252</sup>[1943] 1 All ER 16 21. Sien 6 2 2 2 3 3 vir 'n volledige bespreking van die Engelsregtelike posisie.



closest language the events in which the forfeiture of the interest given to the beneficiary is to take place."

In *Wasserzug v Administrators Estate Nathanson* kry 'n Suid-Afrikaanse hof een van die eerste geleenthede om oor die onderhawige aangeleentheid te beslis.<sup>253</sup> 'n Gesamentlike testament het naamlik voorsiening gemaak vir die verbeuring van voordele indien enige van die begunstigdes "shall marry anyone out of the Jewish faith". Die hof beslis by monde van regter Blackwell, verwysend na bogenoemde Engelsregtelike gesag, dat die testateur versuim het om die vereiste graad van gebondenheid aan die Joodse geloof met sekerheid of presiesheid aan te dui en dat dit derhalwe onmoontlik is om die inhoud van die bepaling na behore vas te stel. Die bepaling word dus op grond van vaagheid met ongeldigheid getref.<sup>254</sup>

In *Aronson v Estate Hart* breek die appèlhof egter beslissend met bogenoemde Engelsregtelike benadering.<sup>255</sup> Appèlregter Greenberg is van mening dat die toets vir sekerheid in die Suid-Afrikaanse reg minder streng as dié in die Engelse reg is.<sup>256</sup>

"We should not ask for "the greatest precision" or "the clearest language" but should be satisfied if, from the words used, it is reasonably clear what the testatrix had in mind."

Ten opsigte van 'n testamentêre voorwaarde waarvolgens 'n begunstigde sy/haar bevoordeling sou verbeur indien hy/sy "should marry a person not born of the Jewish faith or forsake the Jewish faith", beslis appèlregter Greenberg soos volg:<sup>257</sup>

---

<sup>253</sup>1944 TPA 369.

<sup>254</sup>1944 TPA 369 380-381. Hierdie benadering is gevolg in *Ex parte Estate Hack* 1945 TPA 369 en *Ex parte Perel* 1948 3 SA 195 (GW). Sien ook *Ex parte Hawthorth* 1946 KPA 679.

<sup>255</sup>1950 1 SA 539 (A).

<sup>256</sup>1950 1 SA 539 (A) 544.

<sup>257</sup>1950 1 SA 539 (A) 545-546.

"The test which I think she [die testatrise] had in mind was the profession or acknowledgement of adherence to the Jewish religion provided there was no reason to disbelieve the truthfulness of such profession or acknowledgement...If a provision in regard to "a person of the Jewish faith" is not void for uncertainty, the next question is whether the same can be said of "a person not born in the Jewish faith". In my opinion this means a person whose parents at the time of his birth are not both of the Jewish faith, and it would follow that the phrase is equally not void for uncertainty."

Appèlregter Van den Heever beklemtoon na 'n ondersoek van gemeenregtelike gesag eweneens die verskil in benadering tussen die Suid-Afrikaanse en Engelse reg ten opsigte van voorwaardes soos die onderhawige. Na die mening van die appèlregter is die gepaste interpretasie van die reedsaangehaalde dictum van Lord Cranworth in *Clavering v Ellison* dat "the condition must be interpreted not in the light of circumstances prevailing when it is alleged that the condition has failed, but in advance as an abstract problem". Die Romeins-Hollandse benadering daarenteen is dat sodanige voorwaarde slegs ongeldig is indien dit *perplex* is, dit wil sê "quite incapable of bearing any reasonable construction".<sup>258</sup>

Ten opsigte van die voorwaarde *in casu* beslis appèlregter Van den Heever derhalwe soos volg:<sup>259</sup>

"Seeing that the time of birth of a potential spouse is the critical moment it seems to me clear that the testatrix meant that the person concerned should be born of parents who were adherents to the religion and observances of what is generally known and recognized as "the Jewish Faith"; in other words they must be children of professing Jews...A person who experiences a cooling of religious ardour or who is remiss in the performance of ritual observances does not to my mind "forsake" his religion; to do so he must oppose or renounce his religion, withdraw from it entirely or reject or deny it; in other words he

---

<sup>258</sup>1950 1 SA 539 (A) 556-557.

<sup>259</sup>1950 1 SA 539 (A) 559-560.



must become an apostate or overtly embrace either another religion or atheism."

Op grond van hierdie oorwegings bevind appèlregter Van den Heever derhalwe dat die onderhawige verbeuringsbepaling nie op grond van vaagheid of onsekerheid ongeldig is nie. Die benadering in die *Aronson*-saak het die goedkeuring van die hof weggedra in *Barnett v Estate Schereschweske* waar regter Van Wyk verklaar dat gesonde verstand ("common sense") voorskryf dat die woorde "Jew or Jewess of Jewish descent" dui op "a person professing the Jewish faith who was born in the Jewish faith, i.e. whose parents were both Jews".<sup>260</sup>

Hahlo voer aan dat nòg die Engelse beslissing van die *House of Lords* in *Clayton v Ramsden*, nòg die beslissing van die Suid-Afrikaanse appèlhof in *Aronson v Estate Hart* daarop dui dat ieder en elke verbeuringsbepaling wat op die Joodse ras of geloof in besonder gegrond is, voldoende seker en uitvoerbaar is.<sup>261</sup> Die skrywer is van mening dat die verskil ten opsigte van die onderhawige kwessie tussen die Engelse reg en die Suid-Afrikaanse reg bloot een van graad is. Eersgenoemde vereis naamlik 'n relatief geringe graad van vaagheid of onsekerheid ten einde 'n verbeuringsbepaling soos die onderhawige met ongeldigheid te tref. Laasgenoemde beskou sodanige bepaling as ongeldig slegs indien dit glad nie vir logiese of werkbare konstruksie vatbaar is nie. 'n Suid-Afrikaanse hof sal egter ook genoop word om sodanige bepaling as ongeldig te bevind indien dit heeltemal onmoontlik is om die bedoeling van 'n testateur ten opsigte van die onderhawige kwessie met voldoende sekerheid uit die bewoording van sy testament vas te stel.<sup>262</sup>

Hahlo toon voorts dat die begrippe "Joodse geloof", "Joodse godsdienst" en "Jodedom" in die Romeins-Hollandse reg van die sewentiende en agtiende eeue (waarop appèlregter Van den Heever in die *Aronson*-saak steun) 'n vaste inhoud gehad het. In die moderne tydsgewrig is dit egter nie meer die geval nie. Die bedoeling van die betrokke testateur sal derhalwe 'n bepalende rol speel wanneer inhoud aan hierdie begrippe gegee moet word. Hahlo betoog

---

<sup>260</sup>1957 3 SA 679 (K) 689F.

<sup>261</sup>1950 SALJ 237.

<sup>262</sup>1950 SALJ 237.



daarom dat 'n gebrekkige aanduiding van 'n testateur se bedoeling in hierdie verband in sy testament dit inderdaad onmoontlik kan maak om sinvolle uitvoering aan die betrokke bepaling te gee.<sup>263</sup>

Corbett *et al* voer verder aan dat selfs die oënskynlik omvattende toets van regter Van Wyk in die *Barnett*-saak nie alle gevalle bevredigend aanspreek nie. Die toets verklaar byvoorbeeld nie wat die regsposisie is ten opsigte van 'n persoon wat as Jood gebore is maar homself as 'n ateïs beskou nie. Die toets faal ook met betrekking tot 'n vondeling wat deur sy aannemende ouers in die Joodse geloof opgevoed word.<sup>264</sup>

Die regsposisie met betrekking tot die vaagheid of onsekerheid van testamentêre verbeuringsbepalings wat op ras, nasionaliteit of geloof berus, is kennelik nie 'n uitgemaakte saak nie. Selfs na die beslissing van die appèlhof in *Aronson v Estate Hart* ten gunste van die uitvoerbaarheid van sodanige bepalinge, kan die geldigheid daarvan klaarblyklik steeds in gepaste gevalle op grond van vaagheid of onsekerheid in gedrang kom.

Ten opsigte van bepalinge met 'n liefdadigheidsoogmerk is die uitgangspunt van die Suid-Afrikaanse reg dat sodanige bepalinge (dikwels in die vorm van 'n liefdadigheidstrust) op so 'n wyse geïnterpreteer moet word dat die geldigheid eerder as ongeldigheid van die betrokke bemaking in die hand gewerk word.<sup>265</sup> In *Marks v Estate Gluckman* verlaat die appèlhof hom juis op hierdie beginsel wanneer beslis word oor die geldigheid van 'n testamentêre trust wat onder andere voorsiening maak vir studiebeurse vir "a Jew or Jewess (not converted)".<sup>266</sup> Daar is onder meer aangevoer dat laasgenoemde voorskrif te vaag is ten einde sinvolle uitvoering te verseker. Appèlregter Tindall kom na 'n ondersoek van veral gemeenregtelike gesag tot die gevolgtrekking dat die onderhawige trust synde "for educational purposes of a public nature" inderdaad as een met 'n liefdadigheidsoogmerk getipeer kan

---

<sup>263</sup>1950 *SALJ* 237-239.

<sup>264</sup>*Law of Succession* 128 n 118.

<sup>265</sup>Corbett *et al* *Law of Succession* 442; De Waal en Schoeman *Erfreg* 136.

<sup>266</sup>1946 *AA* 289.



word en derhalwe op bogenoemde gunstige behandeling geregtig is.<sup>267</sup> Wat die vaagheid van die betrokke bepaling betref, is die appèlregter van mening dat die bedoeling van die Joodse testateur was "to benefit his own people".<sup>268</sup> Hy vereenselwig hom in hierdie verband met die beslissing van regter Ramsbottom in die hof *a quo*.<sup>269</sup>

"The class whom the testator intended to benefit has a large and well-defined nucleus and the fact that there is a less well-defined fringe does not make the testator's intention uncertain upon a benevolent interpretation of the will, nor even create any real difficulty in giving effect to it."

Die bemaking word dien ten gevolge as geldig gereken.<sup>270</sup>

'n Soortgelyke benadering is gevolg in *Standard Bank v Betts Brown*.<sup>271</sup> Die testateur het *in casu* onder andere voorsiening gemaak vir 'n trust ten gunste van "*bona fide* inventors of British nationality". Die testateur het dit duidelik gestel dat slegs uitvinders "of pure British stock and descent" by die trust moet baat en dat sowel boorlinge van Ierland as persone van Asiatiese, Oosterse of Joodse afkoms van bevoordeling uitgesluit word. Regters Holmes en Milne beslis dat die onderhawige trust soos die een in *Marks v Estate Gluckman* inderdaad 'n liefdadigheidsoogmerk vertoon en derhalwe op gunstige interpretasie geregtig is.<sup>272</sup> Die regters is voorts van mening dat die toets wat gebruik moet word om oor vaagheid van 'n bepaling soos die onderhawige te beslis, een van praktiese implimenteerbaarheid is.<sup>273</sup>

---

<sup>267</sup>1946 AA 289 311.

<sup>268</sup>1946 AA 289 312.

<sup>269</sup>1946 AA 289 313.

<sup>270</sup>Die appèlhof onderskei uitdruklik beslissings soos *Clayton v Ramsden* en *Wasserzug v Estate Nathanson* omdat hierdie uitsprake nie op bemakings *ad pias causas* betrekking het nie.

<sup>271</sup>1958 3 SA 713 (N).

<sup>272</sup>1958 3 SA 713 (N) 722F-723B.

<sup>273</sup>1958 3 SA 713 (N) 723C.

"In our view the test is essentially a practical one... 'Is it workable?'"

Die regters beslis derhalwe dat die trustees deur gesonde verstand te gebruik, inderdaad uitvoering aan die wense van die testateur kan gee.<sup>274</sup>

Uit bogaande bespreking is dit duidelik dat die kwessie van vaagheid nie heeltemal so problematies is ten opsigte van bepalinge met 'n liefdadigheidsoogmerk wat op ras, nasionaliteit of geloof gegrond is nie as in die geval van verbeuringsbepalinge wat op dieselfde oorwegings berus. Die howe is naamlik bereid om 'n toegeeflike benadering (opsigself op beleidsoorwegings fundeer) ten opsigte van veral die liefdadigheidstrust te volg en is derhalwe huiwerig om die ongeldigheid van sodanige trust oor die boeg van vaagheid te gooi. Dit wil voorkom asof die howe (veral na die uitspraak in *Aronson v Estate Hart*) bereid is om 'n soortgelyke benadering ten opsigte van verbeuringsbepalinge te volg. Vaagheid of onsekerheid van die bepalinge onder bespreking bly egter steeds 'n faktor wat ten opsigte van die werkbaarheid daarvan verreken moet word.

#### 4 4 BEOORDELING

Die Romeins-Hollandse reg het aan private eiendomsreg erkenning verleen. Dieselfde het gegeld (en geld steeds) vir die Engelse reg. Die beskikkingsbevoegdheid van 'n eienaar wat deur private eiendomsreg geïmpliseer word, het beteken dat private erfopvolging onder invloed van hierdie twee regstelsels in die Suid-Afrikaanse reg aan die orde gestel is. Testeervryheid is derhalwe as grondbeginsel van sowel die Romeins-Hollandse as Engelse testate erfreg in die Suid-Afrikaanse reg aanvaar. 'n Suid-Afrikaanse testateur is in hierdie lig geregtig om binne die raamwerk van sekere beperkings na goëddunke by wyse van testament te beskik oor die bates wat by sy dood deel van sy boedel uitmaak. Die howe is voorts verplig om uitvoering te gee aan die wense van 'n testateur soos dit uit sodanige testateur se testament blyk.

Testeervryheid word in die Suid-Afrikaanse reg onderskraag deur die aandrang op

---

<sup>274</sup> 1958 3 SA 713 (N) 723H-724A.



testeerbevoegdheid aan die kant van testateurs, die aandrang op vrye en onbelemmerde testeerhandelinge, die reël wat die delegasie van testeerbevoegdheid verbied, die aandrang op die nakoming van testamentêre verlydings- en wysigingsformaliteite as waarborg van die egtheid van testateurs se wilsverklarings en die gevolglike bekamping van bedrog maar getemper deur die kondonasiebevoegdheid van die hoërhof, die afkeer van kontraktuele erfopvolging, die erkenning van die veranderlikheid en herroeplikheid van testamente sowel as die reëls en beginsels ten opsigte van die interpretasie, rektifikasie en wysiging van testamente na die dood van testateurs.

Die sosiale en ekonomiese oorwegings wat ontwikkeling ten opsigte van testeervryheid in die gemene reg fundeer het, speel steeds 'n soortgelyke rol op die onderhawige gebied in die moderne Suid-Afrikaanse reg. Daar kan met enkele voorbeelde in hierdie verband volstaan word. Sosiale oorwegings regverdig byvoorbeeld die verlening van 'n kondonasiebevoegdheid aan die hoërhof ten opsigte van vormgebreklike testamente. Die handhawing van die wense van testateurs soos vrylik in hul testamente uitgedruk, het kennelik 'n belangrike sosio-juridiese waarde en dien dermate die openbare belang dat 'n vormgebrek in 'n testament nie sodanige handhawing behoort te belemmer nie. Dieselfde oorweging verklaar insgelyks waarom nóg 'n hof nóg testamentêre begunstigdes sonder meer die bepalings van 'n testament na die dood van 'n testateur kan wysig. Ekonomiese oorwegings regverdig byvoorbeeld weer die verlening van 'n bemakingsbevoegdheid aan die trustee van 'n testamentêre trust aangesien die effektiewe verdeling van trustvoordele oor 'n lang tydperk na 'n testateur se dood sodoende in die hand gewerk word. Dit is interessant om te let dat laasgenoemde ontwikkeling enersyds as 'n ingreep op testeervryheid gesien kan word aangesien die reël wat die delegasie van testeerbevoegdheid ter onderskraging van testeervryheid verbied, daardeur verslap word. Die onderhawige ontwikkeling verleen egter andersyds groter vryheid aan testateurs om by wyse van die diskresionêre testamentêre trust oor hul bates te beskik en kan derhalwe ook as 'n uitbouing van testeervryheid gesien word!

Soos in die gemene reg is testeervryheid in die Suid-Afrikaanse reg nie onbeperk nie. Die beperking van testeervryheid op grond van sosiale oorwegings sluit die eis van afhanklike kinders vir onderhoud teen die bestorwe boedel van 'n ouer en die eis van 'n oorlewende gade vir onderhoud teen die bestorwe boedel van 'n oorlede gade in. Beide hierdie



beperkings berus klaarblyklik op die oorweging dat 'n morele plig op 'n ouer/eggenoot rus om te verseker dat sy/haar afhanklikes nie na sodanige ouer/eggenoot se dood materieel te kort skiet nie. Op hierdie wyse word die gemeenskap ook onthef van die ekonomiese plig om genoemde afhanklikes te onderhou. Dit is derhalwe duidelik dat sosiale en ekonomiese oorwegings in die onderhawige verband soos in die gemene reg ten nouste saamhang.

Sosiale oorwegings fundeer voorts die ongeldigheid waarmee die Suid-Afrikaanse reg wederregtelike testamentêre bepalings en testamentêre bepalings wat teen die goeie sedes is, tref. Die wyse waarop die *boni mores* in hierdie verband funksioneer ten einde in besonder die rol van ras, nasionaliteit of geloof ten opsigte van sowel testamentêre verbeuringsbepalings as bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk aan te spreek, is egter nie 'n uitgemaakte saak nie. Gesag bestaan naamlik dat bepalings wat ten doel het om die gedrag van begunstigdes en/of benutting van bates aan die hand van genoemde oorwegings te beheer, enersyds geldig is omdat dit nie teen die regsgevoel van die gemeenskap indruis nie terwyl stemme andersyds opgaan dat sodanige bepalings inderdaad ongeldig is aangesien dit in bepaalde gevalle as *contra bonos mores* aangemerkt kan word. Soortgelyke ambivalensie kenmerk die regsposisie ten opsigte van die vaagheid of onsekerheid van bogenoemde bepalings.

Enkele statutêre beperkings op testeervryheid berus ook op sosiale oorwegings deurdat openbare belang in bepaalde gevalle die opheffing van beperkings op bates of die wysiging van trustbepalings fundeer.

Die beperking van testeervryheid op grond van ekonomiese oorwegings vind hoofsaaklik statutêre beslag en is onder andere gemik op die voorkoming van die onekonomiese verdeling van bates, die opheffing van onekonomiese beperkings op bates en die onekonomiese vassit van kapitaal oor lang tydperke. Beperking van testeervryheid in die onderhawige verband is betreklik omvattend maar kan steeds uitgebrei word. Die oproep om die erkenning van sekere *pacta successoria* wat 'n nuttige rol in die handelsverkeer speel, kan byvoorbeeld oor die boeg van ekonomiese oorwegings gegooi word.

In hierdie hoofstuk is testeervryheid in die Suid-Afrikaanse reg buite die invloedseer van die



Grondwet in oënskou geneem. Heelwat van die aangeleenthede wat in hierdie verband bespreek is, sal in komende hoofstukke weer die aandag geniet wanneer die invloed van grondwetlike regte op testeervryheid oorweeg word.

- - - - \*

## HOOFSTUK 5

### TESTEERVRYHEID EN DIE INVLOED VAN DIE GRONDWET

#### 5.1 INLEIDING

Die vier Britse kolonies in Suidelike Afrika, naamlik die Kaapkolonie, Transvaal, die Oranjerivierkolonie en Natal, het in 1908 besluit om te verenig. Unifikasie is bewerkstellig deur die Wet op die Unie van Suid-Afrika.<sup>1</sup> Die Unie van Suid-Afrika het diensgevolge op 31 Mei 1910 tot stand gekom. Die Wet op die Unie van Suid-Afrika het onder andere voorsiening gemaak vir 'n tweekamerparlement bestaande uit 'n volksraad en senaat. Slegs blankes kon tot hierdie twee instellings verkies word.<sup>2</sup> Die wetgewende en uitvoerende gesag van die Unie was egter in verskeie opsigte steeds ondergeskik aan dié van Brittanje. In 1931 het die Britse parlement ingevolge die Statuut van Westminster van wetgewende bevoegdheid in die voormalige kolonies afstand gedoen.<sup>3</sup> Die Unie se nuwe onafhanklike status is bevestig in die Wet op die Status van die Unie van Suid-Afrika.<sup>4</sup> Die monargale staatsvorm wat die Unie van Suid-Afrika gekenmerk het, is ingevolge die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika<sup>5</sup> met 'n republikeinse staatsvorm vervang. Die Republiek van Suid-Afrika het op 31 Mei 1961 tot stand gekom. Die parlementêre bestel is in 1980 herskik toe die senaat afgeskaf en vervang is deur 'n presidentsraad waartoe blanke, bruin en Indiër lede benoem kon word.<sup>6</sup> Verdere aanbevelings ten opsigte van die hervorming van sentrale owerheidsinstellings het in die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika<sup>7</sup> beslag gekry. Parlementêre stemreg is ingevolge hierdie Wet na die bruin en Indiër gemeenskappe uitgebrei

---

<sup>1</sup>9 Edw VII c 9 (ook bekend as die Zuid-Afrika Wet van 1909).

<sup>2</sup>Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 12.

<sup>3</sup>Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 13.

<sup>4</sup>Wet 69 van 1934.

<sup>5</sup>Wet 32 van 1961.

<sup>6</sup>Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 14.

<sup>7</sup>Wet 110 van 1983.



terwyl 'n driekamerparlement aan die onderskeid tussen eie en algemene sake beslag gegee het.<sup>8</sup> Voortgesette demokratisering het in 1990 tot die ontbanning van verskeie verbode politieke organisasies en die terugkeer van uitgeweke politieke leiers na Suid-Afrika gelei. Veelparty onderhandelings ter bereiking van 'n demokratiese bestel het vanaf 1991 tot 1993 tussen die onderskeie politieke rolspelers plaasgevind. Hierdie onderhandelings het 'n vergelyk ten opsigte van die bepalinge van 'n nuwe grondwet fundeer. As tussentydse of oorgangsmaatreël is die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika<sup>9</sup> aan die einde van 1993 deur die parlement goedgekeur. Die konstitusionele vergadering het vanaf 1994 tot 1996 aan 'n finale grondwet gewerk. Nadat die konstitusionele hof die eerste weergawe van die finale Grondwet afgekeur het, het die konstitusionele vergadering op 11 Oktober 1996 'n gewysigde weergawe van die Grondwet aanvaar. Hierdie weergawe is op 4 Desember 1996 deur die konstitusionele hof goedgekeur.<sup>10</sup> Die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika<sup>11</sup> het diensengevolge op 4 Februarie 1997 in werking getree.

Artikel 2 van die Grondwet bepaal dat die Grondwet die hoogste reg in die Republiek van Suid-Afrika daarstel en dat enige regsvoorskrif of optrede wat nie met die Grondwet versoenbaar is nie, as sodanig ongeldig is. Hoofstuk 2 van die Grondwet bevat 'n Handves van Regte. Artikel 7(1) - die inleidende artikel tot die Handves - bepaal dat die Handves die hoeksteen van demokrasie in Suid-Afrika vorm deur die regte van alle Suid-Afrikaners te verskans en die demokratiese waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid te bevestig.

Die sleutelkwessie wat in hierdie hoofstuk aangespreek word, handel met die wyse waarop testeervryheid beïnvloed word deur die grondwetlike regte wat langs die weg van die

---

<sup>8</sup>Rautenbach en Malherbe *Staatsreg* 15.

<sup>9</sup>Wet 200 van 1993.

<sup>10</sup>*Ex parte Chairperson of the Constitutional Assembly: In re Certification of the Amended Text of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996* 1997 1 BCLR 1 (CC).

<sup>11</sup>Wet 108 van 1996. Tensy uitdruklik anders vermeld, dui gebruik van die woord "Grondwet" in die res van hierdie werk op Wet 108 van 1996.



bepalings van die Handves van Regte werking geniet. Vir hierdie doel word die vraag na die toepaslikheid van 'n handves van regte op die gebied van die privaatreg eerstens ontleed. Die standpunte wat die benaderings tot die sogenaamde vertikale en horisontale werking van grondwetlike regte fundeer, word in hierdie verband onder die loep geneem. Die posisie ten opsigte van vertikaliteit en horisontaliteit ingevolge sowel die tussentydse as finale Grondwette word daarna aan die hand van hoofsaaklik tekstuele gesag ontleed. Daar word getoon dat die tussentydse Grondwet hoofsaaklik aan die vertikale werking van grondwetlike regte beslag gee terwyl die finale Grondwet inderdaad vir die horisontale werking van sodanige regte voorsiening maak. Die finale Grondwet verorden onder andere in hierdie verband dat die houe 'n ontwikkelingstaak ten opsigte van die gemene reg het ten einde die "gees, strekking en oogmerke" van die Handves te bevorder.<sup>12</sup>

Laasgenoemde opdrag noop 'n ondersoek na die rol wat die regte vervat in die Handves ten opsigte van die ontwikkeling van die gemene reg kan speel. Hierdie ondersoek fokus enersyds op die hoofsaaklik formele benadering tot beregting wat Suid-Afrikaanse houe in die era voor die Grondwet gevolg het, terwyl die moontlikheid van 'n meer substantiewe en beleidsgeoriënteerde benadering tot beregting onder invloed van die Grondwet andersyds ondersoek word. Die hoofstuk word afgesluit met 'n beskouing van enkele regte in die Handves vervat wat 'n invloed op testeervryheid kan uitoefen. Die reg op eiendom word enersyds ondersoek ten einde te bepaal of dit 'n grondwetlike waarborg ten opsigte van private erfopvolging en testeervryheid verleen. Regte ten opsigte van gelykheid, menswaardigheid, privaatheid, vryheid van godsdienst, oortuiging en mening, vryheid van uitdrukking, vryheid van assosiasie, politieke regte, vryheid van beweging en verblyf, vryheid van bedryf, beroep en professie asook taal en kultuur word andersyds onder die loep geneem as voorbeelde van grondwetlike regte wat moontlik ter beperking van testeervryheid kan funksioneer.

Dit is belangrik om daarop te let dat hierdie hoofstuk die onderhawige onderwerp hoofsaaklik vanuit 'n teoretiese perspektief benader. Dit funksioneer naamlik ter fundering van die bespreking in die slothoofstuk waar die kwessie ten opsigte van die invloed van die Handves

---

<sup>12</sup>Artikel 39(2) van die Wet.



van Regte op testeervryheid aan die hand van praktiese voorbeelde oorweeg word.

## 5 2 DIE TOEPASLIKHEID VAN 'n HANDVES VAN REGTE OP DIE GEBIED VAN DIE PRIVAATREG

Twee denkrigtings kenmerk diskoerse rondom die toepaslikheid van 'n handves van regte op die gebied van die privaatreë. Enersyds word geargumenteer dat die beskerming deur 'n handves verleen tot die verhouding tussen die staat en die individu beperk is. Ingevolge hierdie benadering geniet die regte in 'n handves vervat uitsluitlik vertikale werking tussen staat en individu en speel dit derhalwe geen rol ten opsigte van die verhoudings tussen individue onderling nie. Andersyds word betoog dat sowel die verhouding tussen die staat en die individu as die verhoudings tussen individue onderling deur 'n handves beheers (kan) word. Ingevolge hierdie benadering geniet gepaste regte in 'n handves vervat derhalwe ook horisontale werking tussen individue onderling.<sup>13</sup> Ten spyte van hierdie uiteenlopende denkrigtings gaan vertikaliste en horisontaliste wel in die breë oor drie aangeleenthede akkoord. Eerstens word deur beide aanvaar dat, wanneer die staat hom in 'n geding op wetgewing beroep, sodanige wetgewing vir grondwetlike hersiening vatbaar is. Tweedens word ooreengestem dat, wanneer 'n individu hom in 'n geding van private aard op wetgewing beroep, sodanige wetgewing vir grondwetlike hersiening vatbaar is. Derdens bestaan konsensus dat, wanneer die staat hom in 'n geding op die gemene reg beroep, die gemene reg vir grondwetlike hersiening vatbaar is. Die twee kampe verskil egter oor die antwoord op die vraag of die gemene reg vir grondwetlike hersiening vatbaar is indien 'n individu in 'n geding van private aard 'n beroep op die gemene reg doen. Vertikaliste beantwoord hierdie

---

<sup>13</sup>Woolman in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 10-1. Die skrywer wys tereg daarop dat hierdie uiteensetting 'n vereenvoudiging van beskikbare moontlikhede verteenwoordig. Sommige vertikaliste gee naamlik enersyds toe dat ingryping in die verhoudings tussen individue onderling in sekere omstandighede inderdaad geregverdig is. Sommige horisontaliste neem andersyds die standpunt in dat slegs sekere private verhoudings deur 'n handves beheers word. Gebruik van die begrippe "vertikaliteit" en "horisontaliteit" ten opsigte van die onderhawige diskoerse gaan ook nie heeltemal vry van kritiek nie. Sien byvoorbeeld *Holomisa v Argus Newspapers* 1996 2 SA 588 (W) 596D-598A.



vraag in die reël negatief terwyl horisontalste gewoonlik 'n positiewe antwoord verskaf.<sup>14</sup>

Horisontalste onderskei wel tussen direkte horisontaliteit en indirekte horisontaliteit. Eersgenoemde beteken dat 'n party tot 'n geding van private aard sy eis of aanspraak op 'n reg vervat in 'n handves kan fundeer selfs al word sodanige geding binne die arena van die gemene reg gevoer. 'n Handves verleen derhalwe selfstandige regte waarop 'n party hom kan beroep. Laasgenoemde beteken daarenteen dat 'n handves van regte slegs 'n hof se ontwikkeling van die gemene reg kan beïnvloed sonder om 'n selfstandige reg ter gedingvoering aan 'n party te verleen.<sup>15</sup>

Die debat ten opsigte van bogenoemde twee benaderings met betrekking tot die toepaslikheid van 'n handves van regte op die gebied van die privaatreg, is in die Suid-Afrikaanse reg van besondere belang en noop derhalwe nadere ondersoek. Die grondslag van elke benadering word vervolgens vanuit 'n teoretiese perspektief onder die loep geneem, waarna die posisie ten opsigte van Suid-Afrika se tussentydse en finale Grondwette ontleed word.

## **5 2 1 'n Teoretiese beskouing van die benaderings tot die vertikale en horisontale werking van grondwetlike regte**

### **5 2 1 1 *Die vertikale werking van grondwetlike regte***

Verskeie argumente fundeer die benadering wat die vertikale werking van grondwetlike regte voorstaan. Vertikaliste gaan eerstens van die standpunt uit dat grondwette tradisioneel liberale dokumente is. Liberale teorie wil dit hê dat individue binne die private sfeer ongestoord en op selfstandige wyse hul bestaan moet voer en hul heil moet uitwerk - die staat het in hierdie verband geen of hoogstens 'n beperkte rol te speel. Die aandrang dat die verhoudings tussen individue onderling aan die beginsels en voorskrifte van 'n handves van regte moet voldoen, het tot gevolg dat die staat op ongeregverdigde wyse die private sfeer

<sup>14</sup>Woolman in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 10-1; Cockrell in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3A3; 3A5.

<sup>15</sup>Cockrell in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3A4; De Waal *et al Bill of Rights Handbook* 50.



binnedring. Sodanige staatsinmenging in aktiwiteite wat mense ter verwesenliking van hulself verrig, word vanuit 'n liberale perspektief bevraagteken.<sup>16</sup> 'n Tweede argument wat ook oor die liberale boeg gegooi word, wys op die onwenslikheid van 'n bestel waarbinne onverkose regters die bevoegdheid ontvang om langs die weg van die beginsels en voorskrifte van 'n handves van regte individue se opvattinge omtrent reg en verkeerd te vervang met hul eie opvattinge omtrent die wyse waarop individue hul sake ten beste moet reël.<sup>17</sup> 'n Derde argument wat met die vorige verband hou, word fundeer op demokratiese oorwegings. Dit lui dat, indien staatsinmenging in die private sfeer noodgedwonge moet plaasvind, die wetgewer die gepaste weg is waarlangs die staat sy invloed moet laat geld. Die wetgewer, anders as die regbank, is nie alleen 'n meer verteenwoordigende liggaam nie maar is ook beter toegerus om omstrede sosiale en tegniese vraagstukke te hanteer.<sup>18</sup>

Vertikaliste betoog vierdens vannuit 'n natuurreg-perspektief dat elke individu oor bepaalde onvervreembare regte beskik. Hierdie regte verdien absolute beskerming teen inbreukmaking deur die staat.<sup>19</sup> In hierdie lig is die historiese funksie van grondwette geleë in die beskerming van individue teen die misbruik van staatsgesag. 'n Handves van regte beheers derhalwe uitsluitlik die uitoefening van staatsgesag deur staatsinstellings en behoort geen invloed op die handel en wandel van individue in die private sfeer te hê nie.<sup>20</sup> Vyfdens word aangevoer dat die toepassing van 'n handves in die private sfeer die gevaar inhou dat die regte in die handves vervat 'n minder effektiewe skans teen misbruik van staatsgesag

---

<sup>16</sup>Woolman in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 10-19; Woolman en Davis 1996 *SAJHR* 382.

<sup>17</sup>Woolman in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 10-19.

<sup>18</sup>*Du Plessis v De Klerk* 1996 5 BCLR 658 (CC) par 111; Woolman in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 10-19; Cheadle en Davis 1997 *SAJHR* 45; Govender 1997 *Obiter* 169.

<sup>19</sup>Woolman in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 10-26.

<sup>20</sup>*De Klerk v Du Plessis* 1995 2 SA 40 (T) 471; *Gardener v Whitaker* 1995 2 SA 672 (OK) 683G; Woolman in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 10-19; Cockrell in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3A2; Du Plessis en Corder *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights* 113; Cheadle en Davis 1997 *SAJHR* 45; Wallis 1997 *Obiter* 1; Govender 1997 *Obiter* 169.



vorm. Woolman formuleer hierdie standpunt soos volg:<sup>21</sup>

"The more constitutional rights we have...the less any particular constitutional right is worth - that is, the less respect it will be accorded by the court and the less work it will ultimately do."

Ten slotte word daarop gewys dat die blootstelling van private verhoudings aan grondwetlike hersiening die gevaar inhou dat die regspleging aan veelvuldige en niksbeduidende grondwetlike eise blootgestel word. Sodanige toename in eise kan die regspleging tot stilstand dwing en 'n grondwet in oneer bring.<sup>22</sup>

Die benadering wat vertikaliteit voorstaan, gaan egter nie vry van kritiek nie. Kritici wys eerstens op die onhoudbaarheid van die onderskeid tussen die publieke arena en die private sfeer wat vertikaliste vanuit 'n natuureg-perspektief aanhang. Moderne teoretici verlaat hulle geredelik op 'n meer positivistiese denkrigting wat berus op die oorweging dat die staat nie verwyderd van sy burgers funksioneer nie maar inderdaad 'n bepalende rol ten opsigte van sowel individue se openbare as private lewens speel.<sup>23</sup> Laasgenoemde denkrigting vind dit onverdedigbaar dat staatsbetrokkenheid binne die publieke arena die deur vir grondwetlike hersiening open terwyl soortgelyke staatsbetrokkenheid binne die (tradisionele) private sfeer bo sodanige hersiening verhef word.<sup>24</sup>

'n Tweede punt van kritiek beklemtoon dat die toepaslikheid van 'n handves van regte ingevolge die onderhawige benadering op arbitrêre wyse afhanklik is van die vorm waarin 'n bepaalde regsreël gegiet is. Indien die betrokke regsreël enersyds die vorm van wetgewing aanneem, beheers die handves sowel sodanige wetgewing as die private verhoudings deur dié wetgewing geregleer. Indien die betrokke regsreël egter andersyds deel van die gemene reg

---

<sup>21</sup>In Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 10-20.

<sup>22</sup>Woolman in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 10-20.

<sup>23</sup>Woolman in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 10-28. Die skrywer verwys na dié skool as die sogenaamde "constructivists."

<sup>24</sup>Woolman in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 10-29.



vorm en dit in 'n geding van private aard tussen individue ter sprake is, beheers die handves nie sodanige gemeenregtelike reël of die verhoudings wat dit reguleer nie. Die toepassing van 'n handves in 'n gegewe geval word voorts 'n heeltemal lukrake oefening indien die betrokke regsreël gedeeltelik die vorm van wetgewing en gedeeltelik die vorm van 'n gemeenregtelike reël aanneem of indien wetgewing die betrokke aangeleentheid in 'n bepaalde gebied reël terwyl die gemene reg dieselfde aangeleentheid in 'n ander gebied reël.<sup>25</sup>

Die vertikale werking van grondwetlike regte word derdens gekritiseer op grond van die oorweging dat dit 'n (dikwels kunsmatige) soeke na of konstruksie van staatsbetrokkenheid ("state action") by 'n geding van private aard tussen individue in die hand werk ten einde 'n beroep op 'n handves te regverdig. Aangesien staatsbetrokkenheid (die teenwoordigheid van wetgewende, uitvoerende, administratiewe of statutêre funksionariese, hoe obskuur ook al) die deur vir grondwetlike hersiening open, bestaan die gevaar dat sowel die partye tot 'n geding as die howe onnodig tyd bestee om sodanige betrokkenheid in 'n geding van private aard vir doeleindes van 'n beroep op 'n handves te identifiseer, alvorens op die meriete van die saak gelet word.<sup>26</sup>

## 5 2 1 2 *Die horisontale werking van grondwetlike regte*

Die benadering wat die horisontale werking van grondwetlike regte begunstig, berus hoofsaaklik op twee uitgangspunte. Die staat werk naamlik enersyds mee aan die daarstel en afdwing van alle regsreëls. Die vorm wat 'n betrokke regsreël aanneem (hetsy wetgewing of as deel van die gemene reg) is nie ter sake nie. Wetgewing en die gemene reg speel andersyds 'n bepalende rol ten opsigte van verhoudings in sowel die publieke arena as die private sfeer.<sup>27</sup> Twee gevolgtrekkings word op grond van hierdie uitgangspunte gemaak. Horisontaliste argumenteer eerstens dat, aangesien die staat 'n bepalende rol ten opsigte van

---

<sup>25</sup>Woolman in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 10-21.

<sup>26</sup>Woolman in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 10-22.

<sup>27</sup>Woolman in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 10-45; Cockrell in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3A2; Woolman en Davis 1996 *SAJHR* 399.



alle regsreëls speel, sowel wetgewing as die gemene reg in alle gevalle aan grondwetlike standaarde gemeet moet word. 'n Onderzoek na die grondwetlike versoenbaarheid van 'n bepaalde regsreël behoort tweedens nie op kunsmatige of arbitrêre wyse verhoed te word deur 'n leerstuk wat enersyds grondwetlike hersiening tot die verhouding tussen die staat en individu beperk of andersyds die een of ander vorm van staatsbetrokkenheid in 'n private verhouding vereis alvorens 'n beroep op die regte vervat in 'n handves gedoen kan word nie.<sup>28</sup>

Horisontaliste argumenteer voorts dat die tradisionele liberale beskouing van die rol van grondwette deur vertikaliste voorgelou, onvanpas is. Hulle betoog dat hierdie tradisionele siening in 'n vroeëre *laissez faire*-era gevorm is en dat grondwetlike hersiening binne die private sfeer in die moderne tydsgewrig wenslik is ten einde magsmisbruik binne hierdie sfeer te bekamp. Du Plessis en Corder formuleer hierdie standpunt soos volg:<sup>29</sup>

"In recent years the tendency worldwide has been to recognize the need for the horizontal application of Bills of Rights...Bills of Rights have essentially been perceived as instruments constraining the abuse of power generally. This perception translates into the traditional notion that a Bill of Rights is an instrument protecting the individual against abuse of *state power*. But power relationships in modern-day societies are more complicated than this. *Private* individuals and *private* business enterprises are, for example, very often not equals in fact. For this reason Bills of Rights have been invoked in recent years, with varying degrees of intensity, to curb the exertion of superior social power outside the traditional domain of 'state authority.'"

Ook die benadering wat horisontaliteit voorstaan, word aan kritiek onderwerp. Kritici wys eerstens daarop dat die uitbreiding van grondwetlike hersiening na die gemene reg (en

<sup>28</sup>Woolman in Chaskalson *et al* *Constitutional Law of South Africa* 10-45 - 10-46.

<sup>29</sup>*Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights* 113. Sien ook Gardener *v* Whitaker 1995 2 SA 672 (OK) 685D-E; Baloro *v* University of Bophuthatswana 1995 4 SA 197 (B) 237G-238A; Du Plessis *v* De Klerk 1996 5 BCLR 658 (CC) par 85; 120; 168; Cockrell in Rautenbach *et al* *Bill of Rights Compendium* 3A2; Woolman en Davis 1996 *SAJHR* 374; 382-400; Govender 1997 *Obiter* 169.



derhalwe die meeste gedinge van private aard) 'n totalitêre bedreiging vir individuele en groepsoutonomie inhou.<sup>30</sup> Persone, hetsy individueel of binne groepsverband, kan derhalwe nie hul private verhoudings na goeddunke inrig nie omdat sodanige verhoudings moontlik in stryd met die beginsels en voorskrifte van 'n handves mag wees. 'n Tweede punt van kritiek wat met die vorige verband hou, is dat die horisontale werking van grondwetlike regte regters tot beleidsbeslissings noop wat regsekerheid in gedrang bring en mettertyd die gesag en legitimiteit van die hof as bewakers van grondwetlike regte en vryhede verwater - regters kry in werklikheid die bevoegdheid om die reg volgens hul eie oortuigings te herformuleer.<sup>31</sup>

Die onderhawige benadering bring derdens die moeilike taak ten opsigte van die afweeg van mededingende grondwetlike regte te berde. Indien beide partye in 'n geding van private aard 'n beroep doen op 'n reg in 'n handves vervat, moet die hof in 'n geregtelike balanseertoertjie 'n oordeel vel met betrekking tot die waarde wat aan elke reg toegeken moet word. Menkin waarsku dat hierdie taak sekere gevare inhou.<sup>32</sup>

"Balancing is highly appealing...It provides an answer, or the way to an answer - sometimes the only answer - to...many a constitutional tension or issue not readily resolved without it...But balancing has its dangers. Its reasonableness and simplicity are seductive, the way it points is sometimes too easy, the answers it provides sometimes too uncritical. It responds to the temptation of judges to enhance their authority or to simplify their task, permitting an essentially impressionistic reaction...It requires judges to find, define, articulate, and justify the weights given to interests and values out of very few straws. Balancing expands judicial discretion, frees it substantially from the need to justify or persuade...It tends to balance away rights that were

---

<sup>30</sup>*Du Plessis v De Klerk* 1996 5 BCLR 658 (CC) par 120; Woolman in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 10-47.

<sup>31</sup>*De Klerk v Du Plessis* 1995 2 SA 40 (T) 49A; *Du Plessis v De Klerk* 1996 5 BCLR 658 (CC) par 97; Woolman in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 10-49; Jeffery 1997 *HRCLJ* 10; 13.

<sup>32</sup>78 *Columbia Law Review* 1047-1048; *Du Plessis v De Klerk* 1996 5 BCLR 658 (CC) par 55; 97. Sien ook Woolman 1997 *SAJHR* 113-119.



intended to stand even in the face of public need. It leaves freedom at the mercy of judges with little to guide them and subject to pressures of particular political context."

Die gevaar van veelvuldige en niksbeduidende grondwetlike eise vanweë die geredelike beskikbaarheid van grondwetlike regte ter gedingvoering binne die arena van die gemene reg, met die gevolglike oorlading van die regstelsel word as 'n laaste punt van kritiek teen die horisontale werking van grondwetlike regte geopper.<sup>33</sup>

## 5 2 2 Die posisie in die Suid-Afrikaanse reg

Dit is vervolgens belangrik om te bepaal welke van bogenoemde twee benaderings in die Suid-Afrikaanse reg van toepassing is. Vir hierdie doel word die posisie ingevolge die tussentydse Grondwet eerstens kortliks beskou. Die posisie ingevolge die finale Grondwet word daarna ontleed aan die hand van 'n ondersoek na die werking van enkele belangrike bepalinge van dié Wet.

### 5 2 2 1 *Die posisie ingevolge die tussentydse Grondwet*

Die Handves van Regte is vervat in Hoofstuk 3 van die tussentydse Grondwet. Aangesien hierdie Handves 'n nuutjie vir Suid-Afrika was, is dit begryplik dat die howe aanvanklik uiteenlopende sienings ten opsigte van die toepassingsmoontlikhede daarvan gehuldig het. Sommige howe was van mening dat die regte in die Handves vervat inderdaad horisontale werking geniet.<sup>34</sup> Ander howe het beslis dat slegs sekere sodanige regte horisontale werking geniet.<sup>35</sup> Nog ander howe het weer gevoel dat die regte in die Handves vervat geen direkte

---

<sup>33</sup>*Du Plessis v De Klerk* 1996 5 BCLR 658 (CC) par 102; Woolman in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 10-48.

<sup>34</sup>*Mandela v Falati* 1995 1 SA 251 (W); *Baloro v University of Bophuthatswana* 1995 4 SA 197 (B).

<sup>35</sup>*Gardener v Whittaker* 1995 2 SA 672 (OK); *Motala v University of Natal* 1995 3 BCLR 374 (D).



horisontale werking hoegenaamd geniet nie.<sup>36</sup> Rigting is einde ten laaste deur die konstitusionele hof in *Du Plessis v De Klerk* gegee.<sup>37</sup>

Die meerderheidsbeslissing van die hof in die *Du Plessis*-saak begunstig ongetwyfeld die vertikale werking van grondwetlike regte.<sup>38</sup> Waarnemende regter Kentridge beslis naamlik dat 'n individu te eniger tyd in 'n geding teen 'n staatsorgaan 'n direkte beroep op die regte vervat in die Handves kan doen maar dat sodanige beroep nie in 'n geding van private aard tussen individue kan geskied nie.<sup>39</sup> Die regter verlaat hom ter steun hoofsaaklik op artikel 7(1) van die tussentydse Grondwet wat bepaal:

"Hierdie hoofstuk bind alle wetgewende en uitvoerende staatsorgane op alle regeringsvlakke."

Waarnemende regter Kentridge se kommentaar op hierdie subartikel lui soos volg:<sup>40</sup>

"[T]he emphatic statement in section 7(1) must mean that Chapter 3 is intended to be binding *only* on the legislative and executive organs of State.

---

<sup>36</sup>*De Klerk v Du Plessis* 1995 2 SA 40 (T); *Potgieter v Killian* 1995 11 BCLR 1498 (N); *Holomisa v Argus Newspapers* 1996 2 SA 588 (W).

<sup>37</sup>1996 5 BCLR 658 (CC). 'n Volledige ontleding van hierdie uitspraak is vir doeleinde van die onderhawige bespreking onnodig. Vir kommentaar op die uitspraak sien onder andere Woolman in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 10-10 - 10-42; Woolman en Davis 1996 *SAJHR* 361; Cheadle en Davis 1997 *SAJHR* 51-54.

<sup>38</sup>Waarnemende regter Kentridge verlaat hom veral op die teks van die tussentydse Grondwet ter steun van sy standpunte in hierdie verband. Aangesien sy vernaamste argumente tekstueel van aard is, word hulle hier uitgesonder. Sowel regter Kentridge as die ander regters wat uitsprake gelewer het, opper egter ook argumente wat met die teoretiese basis van die benaderings ten gunste van vertikaliteit en horisontaliteit verband hou. Sien die verwysings in die voetnote onder 5 2 1 in hierdie verband.

<sup>39</sup>1996 5 BCLR 658 (CC) par 49.

<sup>40</sup>1996 5 BCLR 658 (CC) par 45.



Had the intention been to give it a more extended application that could have been readily expressed...It would be surprising if as important a matter as direct horizontal application were to be left to be implied."

In die lig van artikel 7(1) beslis die regter voorts dat 'n individu hom in 'n geding van private aard wel op die regte vervat in die Handves kan beroep indien die teenparty op wetgewing of 'n handeling van die uitvoerende gesag steun. Aangesien die Handves ook in gepaste gevalle op die gemene reg betrekking het,<sup>41</sup> kan sodanige beroep voorts deur 'n individu in 'n geding teen 'n staatsorgaan gedoen word indien die staatsorgaan sy handeling of lates op die gemene reg fundeer. By gebrek aan enige verwysing na die regsprekende gesag in artikel 7(1) en die afwesigheid van enige aanduiding in artikel 7 as 'n geheel dat natuurlike persone deur die Handves gebind word, is die regter van mening dat 'n beroep op die Handves nie kan geskied in 'n geding van private aard tussen individue binne die arena van die gemene reg nie.<sup>42</sup> Die regter vind wel 'n toegewing ten gunste van horisontaliteit in artikel 35(3) van die tussentydse Grondwet.<sup>43</sup> Hierdie artikel bepaal:

"By die uitleg van enige wet en die toepassing en ontwikkeling van die gemene reg en gewoontereg, neem 'n hof die gees, strekking en oogmerke van hierdie hoofstuk behoorlik in ag."

Waarnemende regter Kentridge gee toe dat hierdie subartikel die deur open vir die regterlike ontwikkeling van die gemene reg langs die weg van gepaste regte in die Handves vervat en dat daar derhalwe in 'n geding van private aard hoogstens ruimte bestaan vir die indirekte

---

<sup>41</sup>Sien artikel 7(2) van die tussentydse Grondwet wat onder andere bepaal dat Hoofstuk 3 geld ten opsigte van "alle reg wat van krag is".

<sup>42</sup>1996 5 BCLR 658 (CC) par 49. Hierdie interpretasie van regter Kentridge is egter nie die enigste wat aan artikel 7 toegedig kan word nie. Sommige skrywers argumenteer dat artikel 7(1) gelees met artikel 7(2) inderdaad ruimte laat vir die horisontale werking van die regte in die Handves vervat. Sien onder andere Woolman in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 10-12; 10-14; Van der Vyfer 1994 *THRHR* 390.

<sup>43</sup>1996 5 BCLR 658 (CC) par 46.



horisontale werking van sodanige regte.<sup>44</sup>

## 5 2 2 2 *Die posisie ingevolge die finale Grondwet*

Die oorwig van gesag dui daarop dat die finale Grondwet inderdaad vir die direkte horisontale werking van gepaste regte vervat in die Handves voorsiening maak - selektiewe horisontaliteit word beoog. Hierdie gevolgtrekking word hoofsaaklik op grond van artikel 8(1) van die Grondwet gemaak. Artikel 8(1) verskil wat bewoording betref merkbaar van sy voorganger, artikel 7(1) van die tussentydse Grondwet, en bepaal:

"Die Handves van Regte is van toepassing op die totale reg en bind die wetgewende, die uitvoerende en die regsprekende gesag en alle staatsorgane."<sup>45</sup>

Woolman laat hom soos volg oor hierdie bepaling uit:<sup>46</sup>

"On its own s 8(1) appears to resolve all the previous debates regarding direct application versus indirect application. The section makes express the application of the Bill of Rights to *all law* and to all action of the *judiciary*. We can assume that all law encompasses common-law disputes between private parties. If any legal dispute is left uncovered by subjecting all law - and thus the entire body of common law - to direct application, then subjecting *all* judicial actions to constitutional review should fill that space. And so we would appear finally to have unqualified, direct horizontal application."

---

<sup>44</sup>1996 5 BCLR 658 (CC) par 62. Sien ook Du Plessis en Corder *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights* 113.

<sup>45</sup>Artikel 8(1) moet gelees word met artikel 2 wat onder andere bepaal dat "enige regsvoorskrif of optrede" wat nie met die Grondwet versoenbaar is nie, ongeldig is.

<sup>46</sup>In Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 10-57. Sien ook Woolman en Davis 1996 *SAJHR* 380; Cheadle en Davis 1997 *SAJHR* 55; Govender 1997 *Obiter* 171.



'n Meer behoudende benadering word egter deur Sprigman en Osborne voorgestaan.<sup>47</sup> Die skrywers betoog dat die finale Grondwet inderdaad nie direkte horisontaliteit voorsien nie maar dat gepaste regte vervat in die Handves vir hoogstens indirekte horisontale werking vatbaar is. Hul argument berus wesenlik op twee oorwegings. Enersyds lewer 'n tekstuele ontleding van artikel 8 van die Grondwet na die mening van Sprigman en Osborne geen bewys dat direkte horisontaliteit deur die Handves beoog word nie. Hulle argumenteer in hierdie verband dat die insluiting van die regsprekende gesag in artikel 8(1) van die finale Grondwet nie noodwendig die howe verplig om die Handves van Regte direk in 'n geding van private aard toe te pas nie - die Duitse *Grundgesetz* bind byvoorbeeld eweneens die regsprekende gesag maar direkte horisontaliteit word nie in die Duitse reg erken nie.<sup>48</sup> Volgens die skrywers stel die feit dat artikel 8(1) uitdruklik na die regsprekende gesag verwys 'n hof eerder in staat om die gemene reg in gepaste omstandighede in 'n geding van private aard aan die hand van grondwetlike beginsels en voorskrifte te ontwikkel - die indirekte werking van grondwetlike regte dus.<sup>49</sup> Hierdie siening word na die mening van Sprigman en Osborne ondersteun deur veral artikel 8(3) van die Grondwet (wat hieronder in groter besonderhede bespreek word) wat uitdruklik vir die regterlike ontwikkeling van die gemene reg voorsiening maak, veral wanneer die wetgewer in gebreke bly om effektiewe gevolg te gee aan 'n reg in die Handves vervat.<sup>50</sup>

Die skrywers se tweede argument berus op die juridies-politieke oorweging waarna reeds verwys is,<sup>51</sup> naamlik dat direkte horisontaliteit onvermydelik die moeilike taak ten opsigte van die afweeg van mededingende grondwetlike regte te herde bring. Die wetgewer eerder as die howe is ingevolge hierdie standpunt die gepaste instansie vir die ontknoping van die problematiek wat met botsende grondwetlike regte verband hou. Laasgenoemde beginsel kom volgens Sprigman en Osborne op ongeregverdigde wyse in gedrang indien direkte

---

<sup>47</sup>1999 SAJHR 25.

<sup>48</sup>1999 SAJHR 31-32. Sien 7 4 2 2 1 vir die posisie in die Duitse reg.

<sup>49</sup>1999 SAJHR 34-35.

<sup>50</sup>1999 SAJHR 36-37.

<sup>51</sup>Sien 5 2 1 2.



horisontaliteit aan die orde gestel word.<sup>52</sup>

In navolging van die (oorwig van) gesag waarna hierbo verwys is, word in die bespreking wat volg van die standpunt uitgegaan dat artikel 8(1) van die Grondwet inderdaad selektiewe direkte horisontaliteit voorsien.<sup>53</sup> Ten einde te bepaal in welke mate artikel 8(1) verhoudings in die private sfeer beheers, is dit nodig om artikel 8(2) onder die loop te neem. Hierdie subartikel bepaal:

"'n Bepaling van die Handves van Regte bind 'n natuurlike persoon en 'n regspersoon indien, en in die mate waarin, dit toepasbaar is met inagneming van die aard van die reg en die aard van enige plig deur die reg opgelê."

Artikel 8(2) stel dit onomwonde dat natuurlike persone inderdaad aan sekere bepalings van die Handves onderworpe is en dat die regte wat langs die weg van sodanige bepalings werking geniet derhalwe ten opsigte van natuurlike persone (ook individue in die private sfeer) geld. Ten einde te bepaal welke regte op hierdie wyse ten opsigte van die verhoudings tussen natuurlike persone in die private sfeer toepasbaar is, skryf die subartikel voor dat die aard van die betrokke reg en enige plig daardeur opgelê, bepalend is. Sekere regte leen hulself op grond van hul aard en meegaande plig by uitstek tot toepassing in die private sfeer. Voorbeelde in hierdie verband sluit onder andere regte met betrekking tot gelykheid, menswaardigheid en privaatheid in.<sup>54</sup> Nadat bepaal is dat 'n gegewe reg inderdaad ten opsigte van die private sfeer toepasbaar is, skryf artikel 8(2) as tweede stap voor dat 'n ondersoek gelas moet word na "die mate waarin dit toepasbaar is", steeds met inagneming van die aard van die betrokke reg en die plig daardeur opgelê. Hierdie stap fokus die ondersoek onder andere op die besondere omstandighede van die geval en die verhouding

---

<sup>52</sup>1999 *SAJHR* 42-46.

<sup>53</sup>Dit sal egter blyk dat, ten spyte van 'n verskil in *modus operandi* wanneer direkte horisontaliteit enersyds en indirekte horisontaliteit andersyds te berde kom, beide inderdaad dieselfde resultaat met betrekking tot die beperking van testeervryheid lewer.

<sup>54</sup>Cockrell in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3A8; Cheadle en Davis 1997 *SAJHR* 58-59; Govender 1997 *Obiter* 172.

tussen die partye.<sup>55</sup> In die woorde van Cockrell:<sup>56</sup>

"[S]ection 8(2) proceeds on the assumption that constitutional rights might be agent-relative and context-sensitive, inasmuch as their direct application against private agencies will depend on the circumstances of the case and the characteristics of the particular person."

Sodanige ondersoek mag byvoorbeeld toon dat 'n reg wat in die reël binne die private sfeer toepasbaar is, nie in 'n gegewe geval moet geld nie omdat die plig wat daardeur opgelê word in die betrokke omstandighede buitensporig swaar is.<sup>57</sup>

Indien die ondersoek ingevolge artikel 8(2) inderdaad aandui dat 'n bepaalde reg wel ten opsigte van 'n verhouding tussen individue in die private sfeer geld, skryf artikel 8(3) soos volg voor:

"By die toepassing van 'n bepaling van die Handves van Regte op 'n natuurlike of regspersoon ingevolge subartikel (2) -

- (a) moet 'n hof, ten einde gevolg te gee aan 'n reg in die Handves, die gemene reg toepas, of indien nodig ontwikkel, in die mate waarin wetgewing nie aan daardie reg gevolg gee nie; en
- (b) kan 'n hof reëls van die gemene reg ontwikkel om die reg te beperk, mits die beperking in ooreenstemming met artikel 36(1) is."

---

<sup>55</sup>Rautenbach in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 1A41; De Waal *et al Bill of Rights Handbook* 43-45.

<sup>56</sup>In Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3A8. Sien ook Woolman in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 10-62; Wallis 1997 *Obiter* 210-211.

<sup>57</sup>Cheadle en Davis 1997 *SAJHR* 59.



Cheadle en Davis doen aan die hand dat artikel 8(3) 'n ondersoek in vier stappe vereis.<sup>58</sup> Eerstens moet vasgestel word of die betrokke reg werking langs die weg van bestaande wetgewing geniet. Indien wel, moet ingevolge sodanige wetgewing gehandel word. Tweedens (of alternatiewelik) moet vasgestel word of die reg werking langs die weg van 'n bestaande gemeenregtelike reël geniet. Indien wel, moet ingevolge sodanige gemeenregtelike reël gehandel word. Indien die reg langs die weg van nòg wetgewing nòg die gemene reg werking geniet, moet gemeenregtelike reëls derdens ontwikkel word ten einde sodanige werking te verseker. Artikel 8(3) word in hierdie verband onderskraag deur artikel 39(2) wat onder andere bepaal dat 'n hof die "gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte" by ontwikkeling van die gemene reg moet bevorder. Dit is belangrik om daarop te let dat die hof nie langs die weg van artikel 8(3) 'n skoon lei ontvang om die gemene reg te herskryf nie. Die hof se primêre taak bly om die gemene reg toe te pas. Slegs indien die gemene reg andersyds 'n bepaalde kwessie nie aanspreek nie of die toepassing van die gemene reg andersyds resultate lewer wat nie met die beginsels en voorskrifte van die Handves van Regte versoenbaar is nie, moet die hof die gemene reg op so 'n wyse ontwikkel dat aan die beginsels en voorskrifte van die Handves uiting gegee word.<sup>59</sup> 'n Reg kan vierdens beperk word wanneer die gemene reg toegepas of ontwikkel word. Laasgenoemde stap is veral ter sake met betrekking tot die netelige kwessie ten opsigte van die balansering van mededingende grondwetlike regte. Indien beide partye hulle in 'n geding van private aard binne die arena van die gemene reg beroep op regte in die Handves vervat, moet die tersaaklike regte noodgedwonge teen mekaar afgeweeë word. Sou 'n hof bevind dat een reg swaarder as 'n ander weeg, kan die hof die reëls van die gemene reg ontwikkel ten einde laasgenoemde dienooreenkomstig te beperk. Sodanige beperking moet geskied in ooreenstemming met die voorskrifte van artikel 36(1) - die algemene begrensingsbepaling.<sup>60</sup> Hierdie subartikel bepaal:

---

<sup>58</sup>1997 *SAJHR* 61. Sien ook Van der Vyfer 1998 *THRHR* 372-373.

<sup>59</sup>De Waal *et al Bill of Rights Handbook* 57; Govender 1997 *Obiter* 172; Wallis 1997 *Obiter* 213.

<sup>60</sup>Woolman in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 12-1; Cockrell in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3A9; Govender 1997 *Obiter* 172.



"Die regte in die Handves van Regte kan slegs kragtens 'n algemeen geldende regsvoorskrif beperk word in die mate waarin die beperking redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, met inagneming van alle tersaaklike faktore, met inbegrip van-

- (a) die aard van die reg;
- (b) die belangrikheid van die doel van die beperking;
- (c) die aard en omvang van die beperking;
- (d) die verband tussen die beperking en die doel daarvan; en
- (e) 'n minder beperkende wyse om die doel te bereik."

Die begrensingsbepaling verleen erkenning aan die oorweging dat geen reg absoluut is nie. Woolman doen aan die hand dat hierdie bepaling 'n ondersoek in twee stappe vereis.<sup>61</sup> Eerstens moet bepaal word of inderdaad op 'n grondwetlike reg inbreuk gemaak is. Die party wat op sodanige inbreukmaking steun, moet in hierdie verband enersyds toon dat die grondwetlike beskerming wat hy versoek inderdaad deur die betrokke reg verleen word - die inhoud van die reg moet derhalwe langs die weg van interpretasie bepaal word. Die party moet andersyds toon dat daadwerklik op die betrokke reg inbreuk gemaak is. Indien dit vasstaan dat inbreukmaking op 'n reg wel plaasgevind het, word na die tweede stap van die ondersoek oorgegaan. Die party wat vir die inbreukmaking verantwoordelik is, moet nou toon dat die beperking van eersgenoemde party se reg inderdaad geregverdig is. Hierdie gedeelte van die ondersoek geskied aan die hand van die riglyne van die begrensingsbepaling en is hoofsaaklik feitlik van aard. Laasgenoemde party moet naamlik toon dat, in die lig van die besondere omstandighede van die betrokke geval, beperking van die reg "redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid". Hierdie vraag word beantwoord aan die hand van die beginsels in paragrawe (a) tot (e) gelys.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup>In Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 12-2 - 12-3. Sien ook De Waal *et al Bill of Rights Handbook* 142-143.

<sup>62</sup>Vir 'n volledige ontleding van die werking van die algemene begrensingsbepaling sien onder andere Woolman in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 12-47 - 12-51; Rautenbach in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 1A43-



Cheadle en Davis laat hulself soos volg uit oor die uitwerking van al die bepalings van die Grondwet hierbo bespreek:<sup>63</sup>

"The potential for horizontal application calls into question the private/public divide which previously lay at the centre of the legal system. But it does so not by creating a direct, separate constitutional cause of action, but rather by ensuring that the newly created constitutional action must be mediated through our common law. In this fashion the legal apartheid between an egalitarian constitution and laissez faire common law is destroyed...[T]he 1996 Constitution promises to transform the entire body of the South African legal system from the nineteenth century premises which still characterise much of our jurisprudence and towards a coherent legal system based upon the principles of human dignity, equality and freedom."

### **5 2 3 Ontwikkeling van die gemene reg ten einde aan die "gees, strekking en oogmerke" van die Handves van Regte uiting te gee**

Die opdrag in artikel 8(3) van die Grondwet tot ontwikkeling van die gemene reg ten einde aan die "gees, strekking en oogmerke" van die Handves uiting te gee, noop 'n ondersoek na die rol wat die howe in hierdie verband te speel het. Die fokus val in die hierop volgende teoretiese beskouing enersyds op die benadering wat Suid-Afrikaanse howe in die era voor die Grondwet tot beregting op die gebied van die privaatreë gevolg het. Die wyse waarop die beginsels en voorskrifte van die Handves hierdie benadering in die toekoms kan beïnvloed, word andersyds beskou.

Suid-Afrikaanse howe handhaaf (benewens enkele uitsonderings) tradisioneel 'n formele siening van die reg. Beregting op die gebied van die privaatreë vind dan ook tradisioneel op

---

1A53; Woolman 1997 *SAJHR* 102; Van der Vyfer 1998 *THRHR* 374-381.

<sup>63</sup>1997 *SAJHR* 66.



hoofsaaklik formele wyse plaas.<sup>64</sup> Cockrell beskryf hierdie wyse van beregting soos volg:<sup>65</sup>

"[T]he formal style seeks to extract a pre-existing rule of law from the corpus of authoritative legal texts and to privilege that text as the very embodiment of reason. Adherents to the formal style are therefore estopped from going behind the text by virtue of their antecedent commitment to the virtues of textualism; to pierce the veil of the textual rule and to examine the policy rationale behind that rule would involve the judge in the type of normative discourse which the formal style eschews."

Die formele wyse van beregting steun swaar op die stelreël *judicis est jus dicere sed non dare* en word gekenmerk deur 'n byna meganiese en onomstrede toepassing van regsreëls. Beleidsoorwegings kenmerkend van 'n meer substantiewe siening van die reg, insluitend oorwegings van morele, sosiale, ekonomiese, politieke of institusionele aard, speel in die formele wyse van beregting alleen 'n rol in soverre sodanige oorwegings reeds in 'n bestaande regsreël vervat is. Beleidsoorwegings wat nie aldus deel van 'n regsreël uitmaak nie, word geïgnoreer aangesien die formele siening voorskryf dat wetgewing die gepaste weg is waarlangs hierdie oorwegings aangespreek moet word.<sup>66</sup> Cockrell betoog dat die formele wyse van beregting in die Suid-Afrikaanse privaatreëls deur die geredelike beskikbaarheid van Romeins-Hollandse gesag in die hand gewerk word. Beslissings in die formele styl toon 'n geneigdheid om Romeins-Hollandse gesag as deel van bogenoemde "corpus of authoritative legal texts" te sien waarop in gepaste omstandighede gesteun kan word. Die toepaslikheid van sodanige gesag in die moderne tydsgewrig word, ten spyte van veranderende morele, ekonomiese, politieke of institusionele oorwegings, nie deurlopend ingevolge die formele wyse van beregting bevraagteken nie.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup>Cockrell 1993 *THRHR* 592; 1996 *SAJHR* 7; 35. Sien ook Van Reenen 1995 *SAIJ* 280; 283; Klare 1998 *SAJHR* 184.

<sup>65</sup>1993 *THRHR* 593. Sien ook Klare 1998 *SAJHR* 186.

<sup>66</sup>Cockrell 1993 *THRHR* 593; 1996 *SAJHR* 5.

<sup>67</sup>1993 *THRHR* 593-594.



In die vorige hoofstuk is in hierdie verband byvoorbeeld getoon dat Suid-Afrikaanse howe in die verlede geredelik op onder andere Romeins-Hollandse gesag gesteun het ten einde sekere omstrede testamentêre bepalings wat op ras, nasionaliteit of geloof berus (en wat moontlik as diskriminerend aangemerkt kan word) te regverdig. Kritici van sodanige beslissings bevraagteken juis die toepaslikheid van die waardes en oortuigings van juriste van etlike eeue gelede wanneer hierdie kwessie in eietydse omstandighede aangespreek word. Hierdie beslissings verontagsaam na die mening van kritici die aandrang op onder andere gelykheid, geloofsvryheid en die vryheid tot keuse van 'n lewensmaat wat in die moderne tydsgewrig vooropgestel word.<sup>68</sup>

Cockrell doen aan die hand dat die Handves van Regte die deur vir 'n meer substantiewe siening van die reg open.<sup>69</sup> Sodanige siening gaan gepaard met 'n beregtingstyl wat deurlopend op beleidsoorwegings van morele, sosiale, ekonomiese, politieke of institusionele aard geskoei word. Insiggewend in hierdie verband is 'n opmerking van regter Farlam in *Ryland v Edros* ten opsigte van sy beslissing dat die uitspraak in *Ismail v Ismail* in die lig van die Handves van Regte soos vervat in die tussentydse Grondwet nie meer navolgenswaardig is nie.<sup>70</sup> Die *Ismail*-uitspraak brandmerk onder andere 'n potensieel poligame huwelik gesluit ooreenkomstig die gebruike van die Moslem geloof as strydig met openbare beleid. Regter Farlam beslis dat die *Ismail*-uitspraak nie met grondwetlike waardes soos gelykheid en verdraagsaamheid te versoen is nie. In die loop van sy uitspraak dui die regter aan dat hy juis deur grondwetlike beleidsoorwegings tot hierdie bevinding beweeg is:<sup>71</sup>

"[I] prefer to base my decision on the fundamental alteration in regard to the basic values on which our civil polity is based which has been brought about by the enactment and coming into operation of the new Constitution."

---

<sup>68</sup>Sien 4 3 3.

<sup>69</sup>1996 *SAJHR* 9.

<sup>70</sup>1997 1 BCLR 77 (K). Die verwysing van *Ismail v Ismail* is 1983 1 SA 1006 (A).

<sup>71</sup>1997 1 BCLR 77 (K) 87E.

Twee verbandhoudende besware word egter teen die substantiewe siening van die reg geopper. Cockrell verklaar enersyds:<sup>72</sup>

"[S]ubstantive reasons are difficult reasons; they require hard choices to be made between moral and political values which are inherently contestable and over which rational people will disagree."

Uit hierdie eerste beswaar vloei die tweede: op die gebied van die privaatreë werk 'n substantiewe siening van die reg gegrond op beregting aan die hand van genoemde beleidsoorwegings regsonsekerheid in die hand.<sup>73</sup> In *Kotze en Genis (Edms) Bpk v Potgieter* merk regter Conradie byvoorbeeld op:<sup>74</sup>

"As die uiteraard vae en idealistiese bepaling van die Grondwet gebruik sou word om goedsmoeds noukeurig gekonstrueerde en gedetailleerde denkbearde en werkwyses van ons privaatreë te versteur, gaan ons 'n chaos beërwe wat die verwarring by die toring van Babel sal verdwerg."

Cockrell doen egter aan die hand dat laasgenoemde vrees geredelik besweer kan word.<sup>75</sup> Privaatreë (selfs in die era voor die Grondwet) is eerstens nog altyd gekenmerk deur 'n verskeidenheid van vloeibare standarde wat hul tot 'n substantiewe siening van die reg leen. Begrippe soos "*boni mores*", "openbare beleid", "regsgevoel van die gemeenskap", "gedragsreëls deur die gemeenskap verlang" en "algemene redelikheidskriterium" is onlosmaaklik aan die privaatreë verbind en het nog altyd die deur vir beslissings geskoei op beleidsoorwegings geopen - sonder om grootskaalse regsonsekerheid tot gevolg te hê.<sup>76</sup> Die gebruik van 'n substantiewe siening van die reg op die gebied van die privaatreë kan

---

<sup>72</sup>1996 *SAJHR* 11.

<sup>73</sup>Cockrell 1996 *SAJHR* 36. Sien ook 5 2 1 2.

<sup>74</sup>1995 3 SA 783 (K) 786G-H.

<sup>75</sup>1996 *SAJHR* 36-37.

<sup>76</sup>Sien ook Corbett 1987 *SALJ* 67-68.



tweedens 'n beter, meer samehangende stelsel van privaatreë verseker wat tred hou met hedendaagse omstandighede. Op hierdie wyse word die toepassing van verouderde reëls as deel van die "corpus of authoritative legal texts" ingevolge die formele wyse van beregting negeer. Heelwat van die reëls van die privaatreë funksioneer derdens in elk geval in ooreenstemming met grondwetlike beginsels en voorskrifte.

Die Handves van Regte open derhalwe die deur tot 'n meer substantiewe siening van die reg. In die lig van die toepaslikheid van die Handves op die gebied van die privaatreë, kry regsprekers nou die geleentheid om die gemene reg langs die weg van beleidsbeslissings te ontwikkel sodat aan die beginsels en voorskrifte van die Handves binne eietydse realiteit uitvoering gegee word.<sup>77</sup> Van Reenen betoog dat die Romeins-Hollandse reg steeds 'n rol in hierdie verband te speel het.<sup>78</sup> Hy gee in oorweging dat die Grondwet die eurosentriese aard van die Suid-Afrikaanse regstelsel gaan omvorm tot 'n meer afrosentriese stelsel waarin die inheemse reg 'n nuwe en betekenisvolle plek gaan inneem. Die Romeins-Hollandse reg sal derhalwe in die toekoms aanvullend tot nuwe regsreëls funksioneer. Die regswetenskaplike en metodologiese eienskappe van die Romeins-Hollandse reg verseker egter 'n voortgesette rol ten opsigte van die integrasie van erkende regsreëls in 'n nuwe regstelsel. Van Reenen kom derhalwe tot die volgende gevolgtrekking:<sup>79</sup>

"Our common law will no longer be applied positivistically as a closed system of rules embodying a transcendental, objective legal truth, but will be used as a subsidiary source to supplement, complement and mitigate the existing law and to formulate juridically the necessary morality and policy considerations."

### 5 3 DIE INVLOED VAN DIE HANDVES VAN REGTE OP TESTEERVRYHEID

Bogaande oorsig oor die toepaslikheid van 'n handves van regte op die gebied van die privaatreë, die beskouing van die wyse waarop enkele belangrike bepalings van die Handves

---

<sup>77</sup>*Rivett-Carnac v Wiggins* 1997 4 BCLR 562 (K) 569E-F.

<sup>78</sup>1995 *SALJ* 287-288.

<sup>79</sup>1995 *SALJ* 288. Sien ook Van der Merwe 1998 *TSAR* 1.



van die Suid-Afrikaanse Grondwet funksioneer en die ondersoek na regterlike ontwikkeling van die gemene reg ten opsigte van die privaatrecht, baan die weg na 'n ondersoek na die invloed van die Handves op testeervryheid. Hierdie ondersoek is soos vroeër aangedui teoreties van aard en behels 'n algemeen-inleidende beskouing van die onderwerp. 'n Substantiewe ontleding aan die hand van praktiese voorbeelde word in die slothoofstuk gedoen.

Die eerste kwessie wat aangespreek word, handel met die vraag of die Handves van Regte 'n grondwetlike waarborg ten opsigte van private erfopvolging en testeervryheid verleen. Hierdie vraag word beantwoord met verwysing na die reg op eiendom soos in die eiendomsbepaling vervat. Die tweede kwessie wat te berde kom, handel met die vraag of sekere bepalinge van die Handves ter beperking van testeervryheid funksioneer. Hierdie vraag word beantwoord deur te verwys na die regte ten opsigte van gelykheid, menswaardigheid, privaatheid, vryheid van godsdienst, oortuiging en mening, vryheid van uitdrukking, vryheid van assosiasie, politieke regte, vryheid van beweging en verblyf, vryheid van bedryf, beroep en professie asook taal en kultuur.

### **5 3 1 'n Grondwetlike waarborg ten opsigte van private erfopvolging en testeervryheid**

Die Handves van Regte bevat nie 'n bepaling wat private erfopvolging en testeervryheid as sodanig waarborg nie. Die reg op eiendom soos in die eiendomsbepaling vervat, kan egter gereedelik gebruik word ten einde hierdie leemte te vul.

#### **5 3 1 1 *Die reg op eiendom***

Die reg op eiendom is in die tussentydse Grondwet in artikel 28 vervat.<sup>80</sup> Die relevante subartikels van hierdie artikel bepaal:

---

<sup>80</sup>Sien ten opsigte van artikel 28 Van der Walt 1994 *THRHR* 181; Chaskalson 1994 *SAJHR* 131; Van der Walt 1994 *Codicillus* 4; Van der Walt 1995 *SAJHR* 169 en in die algemeen Lewis 1992 *SAJHR* 389.



- "(1) Elke persoon het die reg om regte in eiendom te verkry en te hou en om, in die mate waarin die aard van die regte dit vatbaar daarvoor maak, oor sodanige regte te beskik."
- "(2) Geen ontneming van enige regte in eiendom word anders as ooreenkomstig 'n wet toegelaat nie."

Ten spyte van die afwesigheid van 'n verwysing na "vererwing" of "erfopvolging" in hierdie subartikels, doen De Waal aan die hand dat artikel 28(1) inderdaad 'n grondwetlike waarborg ten opsigte van private erfopvolging verleen.<sup>81</sup> De Waal wys eerstens op die bekende standpunt dat private erfopvolging 'n natuurlike uitvloeisel van private eiendomsreg ("ownership") is - in die woorde van artikel 28(1): die reg om "regte in eiendom te verkry en te hou" staan in direkte verhouding tot die reg om "oor sodanige regte te beskik". Die frase "regte in eiendom" sluit uiteraard eiendomsreg in. Eiendomsreg verleen weer aan 'n eienaar die bevoegdheid (of in navolging van die bewoording van artikel 28(1) die "reg") om oor eiendom te beskik. Die bevoegdheid/reg om oor eiendom te beskik, kan die vorm aanneem van sowel beskikking *inter vivos* as beskikking *mortis causa*, onder andere by wyse van testament. Die gevolgtrekking is onvermydelik dat, die afwesigheid van 'n uitdruklike verwysing te dien effekte ten spyt, artikel 28(1) inderdaad 'n waarborg ten opsigte van private erfopvolging verskaf. Die skrywer betoog tweedens dat 'n waarborg van private erfopvolging by wyse van testament noodwendig 'n waarborg ten opsigte van testeervryheid impliseer. Testeervryheid word ingevolge hierdie siening as 'n wesenlike element van eiendomsoordrag gereken en word as sodanig deur artikel 28(1) gewaarborg.<sup>82</sup> Artikel 28(2) maak dit duidelik dat "regte in eiendom" wel beperk kan word. Die tussentydse Grondwet magtig derhalwe die beperking van sowel private erfopvolging as testeervryheid. Private erfopvolging as sodanig kan egter nooit heeltemal negeer word deur byvoorbeeld wetgewing wat sodanige

---

<sup>81</sup>In Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G5-3G6.

<sup>82</sup>Hierdie siening strook met 'n soortgelyke standpunt wat reeds in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg gegeld het. Sien 2 4 en 3 4 in hierdie verband. Ook in sowel "common law"-regstelsels as kontinentale ("civil law"-) regstelsels word hierdie siening aangehang. Sien 6 2 1 ten opsigte van die Engelse reg, 6 3 1 ten opsigte van die Australiese reg, 7 2 1 ten opsigte van die Nederlandse reg, 7 3 1 ten opsigte van die Belgiese reg en 7 4 1 ten opsigte van die Duitse reg.



erfopvolging verbied of wetgewing wat die staat as enigste erfgenaam van 'n oorledene aanwys nie.<sup>83</sup>

Die reg op eiendom word in die finale Grondwet in artikel 25 vervat. Subartikel (1) van hierdie artikel, wat merkbaar van sy voorganger verskil, bepaal:

"Niemand mag eiendom ontnem word nie behalwe ingevolge 'n algemeen geldende regsvoorskrif, en geen regsvoorskrif mag arbitrêre ontneming van eiendom veroorloof nie."

Die vraag ontstaan of sowel die waarborg van "eiendom" in artikel 25(1) in teenstelling met die waarborg van "regte in eiendom" in artikel 28(1) as die negatiewe formulering van artikel 25(1) teenoor die positiewe formulering van artikel 28(1), die grondwetlike waarborg ten opsigte van private erfopvolging en testeervryheid in gedrang bring. Hierdie vraag moet aan die hand van die betekenis van die begrip "eiendom" binne die konteks van artikel 25(1) beantwoord word.<sup>84</sup> De Waal *et al* voer aan dat sodanige betekenis met verwysing na 'n breë privaatregtelike siening van die eiendomsbegrip geformuleer kan word. "Eiendom" verwys na die mening van die skrywers na 'n stel regsreëls wat die aansprake van individue op hul ekonomiese vermoë beliggaam. Dit omvat nie alleen eiendomsreg ("ownership") as sodanig nie maar ook regte wat deel vorm van die "bondel van regte" wat eiendomsreg daarstel, naamlik die reg om oor sake te beskik, die reg om sake te benut asook die reg om andere die gebruik van sake te ontsê. "Eiendom" omvat voorts verbandhoudende saaklike regte soos serwitute, mineraalregte, erfpag, huurpag asook saaklike sekerheidsregte soos verbandreg en pandreg. Dit verwys ook na persoonlike regte wat "in eiendom" gehou kan word soos aandele in 'n maatskappy, eise teen 'n pensioenfonds en ander soortgelyke kontraktuele eise. Laastens behels "eiendom" ook aansprake ingevolge die materiële goederereg soos patente en handelsmerke.<sup>85</sup> Die skrywers verklaar in hierdie lig:<sup>86</sup>

<sup>83</sup>De Waal in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G5.

<sup>84</sup>De Waal in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G6.

<sup>85</sup>*Bill of Rights Handbook* 403-405. Sien ook Chaskalson en Lewis in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 31-5 - 31-6; Badenhorst in Rautenbach *et al*



"'Property' for purposes of s 25 should therefore be seen as those resources which are generally taken to constitute a person's wealth, and which are recognised and protected by law. Such resources are legally protected by private law rights - real rights in the case of physical resources, contractual rights in the case of performances, and intellectual property rights in the case of intellectual property."

Die gevolgtrekking blyk derhalwe geregverdig te wees dat, die breë betekenis wat aan die begrip "eiendom" toegesê kan word ten spyte, artikel 25(1) inderdaad op soortgelyke wyse as sy voorganger 'n grondwetlike waarborg ten opsigte van private eiendomsreg verleen. Die artikel bevat immers geen aanduiding dat private eiendomsreg van die definisie van "eiendom" uitgesluit moet word nie.<sup>87</sup> Uit hierdie waarborg van private eiendomsreg kan weer die bevoegdheid/reg om oor eiendom te beskik, afgelei word. Artikel 25(1) verleen derhalwe soos (en op dieselfde wyse as) sy voorganger eweneens 'n grondwetlike waarborg ten opsigte van private erfopvolging as 'n wyse van eiendomsoordrag en testeervryheid as 'n wesenlike element van sodanige oordrag. Die beperking van sowel private erfopvolging as testeervryheid word ook steeds voorsien.<sup>88</sup>

In laasgenoemde verband ontstaan die vraag of die bestaande beperkings op testeervryheid in die Suid-Afrikaanse reg nie met bogenoemde grondwetlike waarborg van testeervryheid in stryd is nie. De Waal doen aan die hand dat hierdie vraag negatief beantwoord moet word.<sup>89</sup> Hy wys eerstens daarop dat al die bestaande beperkings oënskynlik voldoen aan die grondwetlike vereiste dat die beperking van 'n fundamentele reg of vryheid slegs "kragtens

---

*Bill of Rights Compendium* 3FB3.

<sup>86</sup>*Bill of Rights Handbook* 404.

<sup>87</sup>De Waal in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G6. Sien ook Du Plessis 1996 *Stell LR* 20; 300.

<sup>88</sup>Artikel 25(1) moet ten opsigte van beperking gelees word met artikel 36.

<sup>89</sup>In Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G13.



'n algemeen geldende regsvoorskrif" kan geskied.<sup>90</sup> Die bestaande beperkings is in hierdie verband inderdaad op òf algemene statutêre bepalings òf op die gemene reg baseer. Die bestaande beperkings op testeervryheid voldoen tweedens aan die grondwetlike vereiste dat die beperking van 'n fundamentele reg of vryheid slegs toelaatbaar is tot die mate waartoe sodanige beperking "redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid".<sup>91</sup> De Waal voer aan (en dit is ook in die bespreking van die tersaaklike beperkings in Hoofstuk 4 getoon) dat alle bestaande beperkings op testeervryheid wel op aanvaarde sosiale en/of ekonomiese oorwegings fundeer is. Bestaande beperkings op testeervryheid is derdens ten volle regverdigbaar in die lig van die faktore in die algemene begrensingsbepaling gelys, volgens De Waal (eweneens aan die hand van die sosio-ekonomiese grondslae van dié beperkings) veral met verwysing na "die belangrikheid en doel van die beperking".<sup>92</sup>

### **5 3 2 Die beperking van testeervryheid ingevolge die Handves van Regte**

Die kwessie wat vervolgens aangespreek word, handel met die beperking van testeervryheid aan die hand van sekere regte in die Suid-Afrikaanse Handves van Regte vervat. Die vraag is naamlik of direk op sekere grondwetlike regte gesteun kan word ten einde 'n testamentêre beskikking te betwis. Ingevolge die tussentydse Grondwet is hierdie vraag negatief beantwoord. Die regte vervat in die Handves van die tussentydse Grondwet het nie direkte horisontale werking geniet nie en 'n party tot 'n geding van private aard binne die arena van die gemene reg kon hom derhalwe nie regstreeks op die Handves beroep nie.<sup>93</sup> Die regte vervat in die Handves van die tussentydse Grondwet het wel indirekte horisontale werking geniet en kon daarom wel op onregstreekse wyse vrye testeerhandelinge beïnvloed.<sup>94</sup> 'n Kort voorbeeld kan gebruik word om die werking van die regte ingevolge die tussentydse

---

<sup>90</sup> Artikels 25(1) en 36(1) van die Grondwet.

<sup>91</sup> Artikel 36(1) van die Grondwet.

<sup>92</sup> Artikel 36(1)(b) van die Grondwet.

<sup>93</sup> Sien 5 2 2 1.

<sup>94</sup> Sien 5 2 2 1.



Grondwet ter beperking van testeervryheid te illustreer.

Gestel 'n hof moes in 'n geding van private aard binne die arena van die gemene reg die vraag beantwoord na die geldigheid van 'n testamentêre bepaling wat 'n begunstigde een of meer tersaaklike grondwetlike regte ontsê. Sodanige hof sou hierdie vraag moes beantwoord deur te bepaal of die betrokke bepaling *contra bonos mores* is al dan nie. Wanneer 'n hof oor laasgenoemde aangeleentheid besin, sou dit die betrokke reg(te) soos vervat in die Handves van die tussentydse Grondwet deeglik in ag moes neem. Sou sodanige hof tot die gevolgtrekking kom dat die testamentêre bepaling nie met die betrokke reg(te) versoenbaar is nie, kon die hof die bepaling inderdaad as *contra bonos mores* en derhalwe nietig aanmerk. Indien die bepaling deur 'n gemeenregtelike reël onderskraag is, moes die hof noodgedwonge die navolgenswaardigheid van dié reël heroorweeg. Sou die hof beslis dat die betrokke gemeenregtelike reël in die lig van die tersaaklike grondwetlike reg(te) inderdaad gewysig of mee weggedoen moet word, is testateurs se vryheid tot testamentêre beskikking by wyse van sodanige bepalinge dienooreenkomstig ingekort.<sup>95</sup>

Sekere regte vervat in die Handves van die finale Grondwet geniet, anders as in die geval van die tussentydse Grondwet, klaarblyklik inderdaad direkte horisontale werking.<sup>96</sup> 'n Regstreekse beroep op sodanige regte kan derhalwe die beperking van testeervryheid tot gevolg hê wanneer die geldigheid van 'n testamentêre bepaling wat 'n begunstigde een of meer van dié regte ontsê, betwis word. 'n Kort voorbeeld kan eweneens gebruik word om hierdie aangeleentheid ten opsigte van die finale Grondwet te illustreer.

Gestel 'n beroep word voor 'n hof in 'n geding van private aard binne die arena van die gemene reg gedoen dat 'n sekere testamentêre bepaling nie met een of meer van genoemde regte versoenbaar is nie. Hierdie beroep bring balansering van testeervryheid teenoor die betrokke reg(te) te berde soos deur artikel 8(3)(b) van die Grondwet voorsien. Indien die hof

---

<sup>95</sup>Sien De Waal in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G9 ten opsigte van die reg op gelykheid. Sien ook *Ryland v Edros* 191 BCLR 77 (K) waar die gemene reg ten opsigte van die huweliks- en kontraktereg aan die hand van die Handves van Regte van die tussentydse Grondwet ontwikkel is.

<sup>96</sup>Sien 5 2 2 2.



bevind dat die betrokke reg(te) in die besondere omstandighede swaarder weeg as testeervryheid, word die deur vir die ontwikkeling van die gemene reg ingevolge artikel 8(3)(a) geopen ten einde "gevolg te gee aan 'n reg in die Handves" en ter bevordering van die "gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte". Die gemene reg verskaf in hierdie verband onder sekere omstandighede 'n remedie in 'n geval soos die onderhawige, naamlik dat die betrokke bepaling as *contra bonos mores* en derhalwe nietig aangemerkt word.<sup>97</sup> Die gemene reg kan egter nou ontwikkel word ten einde testamentêre bepalings wat in die verlede as geldig gereken is, met ongeldigheid te tref aangesien sodanige bepalings in die lig van die betrokke grondwetlike reg(te) nie langer die toets van die regsgevoel van die gemeenskap slaag nie. Indien die tersaaklike bepaling voorheen deur die gemene reg begunstig is maar nou deur die hof as *contra bonos mores* gereken word, is die gevolg eweneens dat testateurs se vryheid tot testamentêre beskikking by wyse van sodanige bepalings ingekort word.<sup>98</sup>

Ten einde hierdie aangeleentheid toe te lig en die nodige agtergrond tot die bespreking in die slothoofstuk te verskaf, word die volgende regte vervat in die Handves van Regte vervolgens onder die loep geneem as voorbeelde van regte wat moontlik ter beperking van testeervryheid kan funksioneer:

- (a) die reg op gelykheid;
- (b) die reg op menswaardigheid;
- (c) die reg op privaatheid;
- (d) die reg op vryheid van godsdienst, oortuiging en mening;
- (e) die reg op vryheid van uitdrukking;
- (f) die reg op vryheid van assosiasie;
- (g) politieke regte;
- (h) die reg op vryheid van beweging en verblyf; en
- (i) die reg op taal en kultuur.

---

<sup>97</sup>Sien 4 3 1 3.

<sup>98</sup>Sien De Waal in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G12 ten opsigte van die reg op gelykheid.



### 5 3 2 1 *Die reg op gelykheid*

Die reg op gelykheid word vervat in artikel 9 wat bepaal:

- "(1) Elkeen is gelyk voor die reg en het die reg op gelyke beskerming en voordeel van die reg.
- (2) Gelykheid sluit die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede in. Ten einde die bereiking van gelykheid te bevorder, kan wetgewende en ander maatreëls getref word wat ontwerp is vir die beskerming of ontwikkeling van persone, of kategorieë van persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is.
- (3) Die staat mag nie regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand diskrimineer op een of meer gronde nie, met inbegrip van ras, geslagtelikheid, geslag, swangerskap, huwelikstaat, etniese of sosiale herkoms, kleur, seksuele georiënteerdheid, ouderdom, gestremdheid, godsdiens, gewete, oortuiging, kultuur, taal en geboorte.
- (4) Geen persoon mag regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand op een of meer gronde ingevolge subartikel (3) diskrimineer nie. Nasionale wetgewing moet verorden word om onbillike diskriminasie te voorkom of te belet.
- (5) Diskriminasie op een of meer van die gronde in subartikel (3) vermeld, is onbillik, tensy daar vasgestel word dat die diskriminasie billik is."

Die konstitusionele hof het in *Harksen v Lane* riglyne vir die toepassing van die reg op gelykheid neergelê.<sup>99</sup> 'n Benadering in drie stappe is deur die hof voorgestel.<sup>100</sup> Die eerste stap handel met die vraag of die gewraakte optrede tussen mense of groepe onderskei ("differentiate"). Indien wel (selfs al dien die onderskeid oënskynlik 'n regmatige doel), kom die vraag of sodanige onderskeid as onbillike diskriminasie aangemerkt kan word as tweede stap te berde. Hierdie stap behels op sy beurt 'n tweeledige ondersoek. Eerstens moet bepaal

---

<sup>99</sup>1997 11 BCLR 1489 (CC).

<sup>100</sup>1997 11 BCLR 1489 (CC) par 42-53.



word of die onderskeid op diskriminasie as sodanig neerkom. Indien die onderskeid berus op een of meer van die gronde in subartikel (3) gelys, is diskriminasie inderdaad teenwoordig. Indien die onderskeid berus op 'n grond nie aldus gelys nie, is die onderskeid diskriminerend van aard indien dit, objektief gesien, berus op karaktertrekke of eienskappe wat 'n persoon se menswaardigheid in gedrang kan bring of sodanige persoon andersins ernstig kan benadeel. Word geen diskriminasie by toepassing van hierdie maatstaf gevind nie, bly die reg op gelykheid ongeskonde. Word diskriminasie egter wel gevind, gaan die ondersoek voort ten einde tweedens te bepaal of die diskriminasie as onbillik aangemerkt kan word. Indien die diskriminasie op een van die gelyste gronde berus, word dit sonder meer vermoed onbillik te wees. Die teenparty moet dan poog om hierdie vermoede te weerlê. Indien die diskriminasie nie op een van die gelyste gronde berus nie, moet die party wat onbillikheid beweer, dit bewys. Die toets vir onbillikheid fokus veral op die uitwerking van die diskriminasie op die party wat daarop steun en andere in sy/haar posisie. Sou bevind word dat die diskriminasie inderdaad onbillik is, word na die derde stap van die ondersoek oorgegaan by wyse van die vraag na regverdiging van die gewraakte optrede ingevolge die algemene begrensingsbepaling - die reg op gelykheid word nou afgeweg teen die doel en uitwerking van die gewraakte optrede.<sup>101</sup>

In die lig van die sosio-ekonomiese grondslag van hierdie studie is die volgende opmerking van De Vos ten opsigte van die regterlike toepassing van die gelykheidstoets en die verbandhoudende vasstelling van onbillike diskriminasie besonder belangrik:<sup>102</sup>

"The substantive idea of equality requires the court to evaluate discrimination claims within a specific historical, social and economic context and any claim

---

<sup>101</sup>Vir 'n bespreking van die *Harksen*-uitspraak sien onder andere Rautenbach 1998 TSAR 316; Freedman 1998 SALJ 243. Die konstitusionele hof verwys in *City Council of Pretoria v Walker* 1998 3 BCLR 257 (CC) en *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* 1999 1 SA 6 (CC) 23F-25D met goedkeuring na die toets in *Harksen v Lane* neergelê. Sien ook *Lotus River, Ottery, Grassy Park Residents Association v South Peninsula Municipality* 1999 2 SA 817 (KPA). Sien *Jooste v Score Supermarket* 1999 2 SA 1 (CC) vir 'n voorbeeld van diskriminasie op 'n grond anders as dié in die gelykeheidsbepaling gelys.

<sup>102</sup>2000 THRHR 75.



which fails to place its claim within such a context will have little chance of succeeding."

Artikel 9(4) van die Grondwet maak uitdruklik voorsiening vir die toepassing van die reg op gelykheid tussen individue in die private sfeer. Dit word derhalwe in oorweging gegee dat die reg op gelykheid vanweë sy horisontale werking inderdaad testeervryheid kan beïnvloed. Testamentêre bepalings wat ten opsigte van bevoordeling enersyds tussen begunstigdes onderskei op een of meer van die gronde in artikel 9(3) gelys of andersyds met verwysing na begunstigdes se karaktertrekke of eienskappe op so 'n wyse 'n onderskeid tref dat sekere begunstigdes se menswaardigheid in gedrang kan kom of sodanige begunstigdes andersins benadeel kan word, kan betwis word op grond van die oorweging dat dit onbillike diskriminasie daarstel. Die geldigheid wat in die verlede toegesê is aan sekere testamentêre bepalings wat op onder andere ras, nasionaliteit of geloof gegrond is, verdien derhalwe in die lig van die reg op gelykheid heroorweging. Verbeuringsbepalings soos "Jewish faith and race clauses" wat gebondenheid aan 'n sekere geloof vereis of poog om die keuse van 'n begunstigde se lewensmaat aan die hand van rasse- of geloofsoorwegings te beheer, kom veral in hierdie verband in gedrang.<sup>103</sup> Ook oor bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk wat bevoordeling op grond van onder andere ras, nasionaliteit of geloof beperk of die benutting van 'n bemaakte bate aan die hand van sodanige oorwegings beheer, sal in die lig van die reg op gelykheid herbesin moet word.<sup>104</sup> 'n Verdere aangeleentheid wat in die lig van die gelykeheidsbepaling ondersoek regverdig, is na uit-en-uit onderwing aan die hand van veral die gronde in artikel 9(3) gelys. Kan 'n (potensiële) begunstigde dus die geldigheid van 'n testamentêre beskikking betwis omdat hy op grond van enige van genoemde gronde deur 'n testateur onterf is?

---

<sup>103</sup>Sien byvoorbeeld *Ex parte Marks' Executors* 1921 TPA 284; *Ex parte Administrators Estate Lesser* 1940 TPA 11; *Scott v Estate Scott* 1943 NPA 7; *Fram v Fram* 1943 TPA 362; *Aronson v Estate Hart* 1950 1 SA 539 (A). Sien 4 3 3 1 vir 'n volledige bespreking in hierdie verband.

<sup>104</sup>Sien byvoorbeeld *Ex parte Bosman* 1916 TPA 399; *Marks v Estate Gluckman* 1946 AA 289; *Ex parte Robinson* 1953 2 SA 430 (K); *Standard Bank v Betts Brown* 1958 3 SA 713 (N); *Ex parte Marriott* 1960 1 SA 814 (D); *Ex parte Rattray* 1963 1 SA 556 (D); *Ex parte Impey* 1963 1 SA 740 (K). Sien 4 3 3 2 vir 'n volledige bespreking in hierdie verband.



### 5 3 2 2 *Die reg op menswaardigheid*

Die reg op menswaardigheid word vervat in artikel 10 wat bepaal:

"Elkeen het ingebore waardigheid en die reg dat daardie waardigheid gerespekteer en beskerm word."

Hierdie reg is al by geleentheid as een van die belangrikste grondwetlike regte beskryf.<sup>105</sup> Dit waarborg sinvolle menslike bestaan aan die hand van die inherente waarde waaroor elkeen beskik.<sup>106</sup> Die reg op menswaardigheid geniet horisontale werking ter fundering van die reg op gelykheid - laasgenoemde geniet juis werking op grond van die oorweging dat alle individue oor gelyke menswaardigheid beskik. In *Prinsloo v Van der Linde* verklaar regters Ackermann, O'Regan en Sachs derhalwe in hierdie verband:<sup>107</sup>

"[U]nfair discrimination...principally means treating persons differently in a way which impairs their fundamental dignity as human beings, who are inherently equal in dignity."

In hierdie lig blyk die gevolgtrekking geregverdig te wees dat optrede wat die reg op gelykheid in gedrang bring eweneens op die reg op menswaardigheid inbreuk maak.<sup>108</sup> Die

<sup>105</sup>*S v Makwanyane* 1995 6 BCLR 665 (CC) par 144; *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* 1999 1 SA 6 (CC) 28C. Sien ook De Waal *et al Bill of Rights Handbook* 216-217.

<sup>106</sup>*National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* 1999 1 SA 6 (CC) 28E.

<sup>107</sup>1997 6 BCLR 759 (CC) par 31. Sien ook *President of the Republic of South Africa v Hugo* 1997 6 BCLR 708 (CC) par 41; *Port Elizabeth Municipality v Rudman* 1999 1 SA 665 (OK) 675G; *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* 1999 1 SA 6 (CC) 62E.

<sup>108</sup>Rautenbach in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 1A58 argumenteer juis dat 'n inbreuk op enige ander reg in die Handves vervat, eweneens 'n inbreuk op die reg op menswaardigheid daarstel. Leibowitz en Spitz in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 17-6 - 17-7 is egter van mening dat sodanige benadering die draagwydte van die reg op menswaardigheid moontlik te ver strek.



testamentêre bepalings waarna hierbo in die bespreking van die reg op gelykheid verwys is, kom derhalwe ook in verband met 'n inbreuk op die reg op menswaardigheid ter sprake.

### 5 3 2 3 *Die reg op privaatheid*

Die reg op privaatheid word vervat in artikel 14 wat bepaal:

"Elkeen het die reg op privaatheid, waarby inbegrepe is dat -

- (a) hul persoon of woning nie deursoek word nie;
- (b) hul eiendom nie deursoek word nie;
- (c) daar nie op hul besittings beslag gelê word nie; of
- (d) daar nie op die privaatheid van hul kommunikasies inbreuk gemaak word nie."

McQuoid-Mason betoog dat bogaande artikel nie alleen die ontwikkeling van die gemeenregtelike aksie ten opsigte van inbreuk op privaatheid beïnvloed nie maar dat dit inderdaad aan 'n nuwe grondwetlike reg op privaatheid beslag gee.<sup>109</sup> Hierdie reg beskerm verskeie belange, twee waarvan in die onderhawige verband relevant is. Dit waarborg enersyds individue se reg om alleen gelaat te word - nie slegs deur die staat nie maar ook deur ander individue. Hiermee word onder andere bedoel dat een persoon nie oor die reg beskik om aan 'n ander voor te skryf hoe laasgenoemde sy persoonlike sake moet reël nie. Die reg op privaatheid handhaaf derhalwe selfstandigheid binne die private sfeer. Sodanige outonomie omvat nie alleen beheer oor die aangeleenthede in artikel 14 gelys (soos iemand se persoon of woning) nie maar ook sekere fundamentele besluite van persoonlike aard. Die onderhawige reg waarborg andersyds die ontwikkeling van die individuele persoonlikheid. Hiermee word bedoel dat elkeen die geleentheid gegun moet word om wasdom in homself

---

Sien ook in laasgenoemde verband Fagan 1998 *SAJHR* 220. Dit word nietemin in oorweging gegee dat 'n inbreuk op die reg op gelykheid inderdaad in gepaste gevalle die reg op menswaardigheid in gedrang bring (en *vice versa*). Sien in hierdie verband *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* 1999 1 SA 6 (CC) 65C; 66F-G.

<sup>109</sup>In Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 18-8.



te bereik, hetsy persoonlik of binne groepsverband.<sup>110</sup>

Die reg op privaatheid geniet vanweë sy aard en die plig daardeur opgelê in gepaste gevalle horisontale werking en kan derhalwe inderdaad testeervryheid beïnvloed. Testamentêre bepalings soos dié hierbo bespreek wat voorskriftelik is omtrent 'n begunstigde se keuse van geloof of lewensmaat kom vanweë die onderhawige reg in gedrang. Bepalings wat poog om met 'n begunstigde se keuse van onder andere leefwyse, beroep, politieke affiliasie of vriendekring in te meng, kan eweneens teen die onderhawige reg stuit.<sup>111</sup> Die vraag na die geldigheid van uit-en-uit onderwing aan die hand van faktore wat met die onderfde se reg op privaatheid verband hou, kom ook ter sprake.

#### 5 3 2 4 *Die reg op vryheid van godsdien, oortuiging en mening*

Die reg op vryheid van godsdien, oortuiging en mening word in artikel 15 vervat wat bepaal:

- "(1) Elkeen het die reg op vryheid van gewete, godsdien, denke, oortuiging en mening.
- (2) Godsdiensoefening kan by staats- of staatsondersteunde instellings geskied, mits -
  - (a) daardie beoefening reëls nakom wat deur die tersaaklike openbare gesag gemaak is;
  - (b) dit op billike grondslag geskied; en
  - (c) bywoning daarvan vry en vrywilig is.
- (3) (a) Hierdie artikel belet nie wetgewing wat erkenning verleen aan -

<sup>110</sup>De Waal *et al Bill of Rights Handbook* 257. Sien ook *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice* 1999 1 SA 6 (CC) 30B; 60D-E; McQuoid-Mason in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 18-9; Rautenbach in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 1A62.

<sup>111</sup>De Waal *et al Bill of Rights Handbook* 262-263. Sien ook McQuoid-Mason in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 18-9. Sien byvoorbeeld *Ex Parte Dessel* 1976 1 SA 851 (D) ter illustrasie van 'n geval waar 'n testateur voorskrifte omtrent begunstigdes se leefwyse en vriendekring neergelê het.



- (i) huwelike wat aangegaan is kragtens enige tradisie, of 'n stelsel van godsdiens-, persone- of familiereg nie; of
  - (ii) stelsels van persone- en familiereg kragtens enige tradisie, of wat nagevolg word deur persone wat 'n besondere godsdiens aanhang nie.
- (b) Erkenning ingevolge paragraaf (a) moet met hierdie artikel en die ander bepalings van die Grondwet bestaanbaar wees."

Artikel 15 beskerm 'n wye verskeidenheid lewens- en wêreldbeskouings. "Godsdiens" omvat nie alleen geloof wat op 'n godsbegrip berus nie maar ook religie wat nie op 'n godheid as sodanig fokus nie.<sup>112</sup> "Oortuiging" verwys na morele keuses terwyl "mening" op die aanwending van menslike rede dui.<sup>113</sup> Hierdie artikel beskerm ten opsigte van geloof egter nie alle praktyke wat oënskynlik op die uitoefening van geloofsvryheid neerkom nie. Praktyke wat byvoorbeeld fisieke of emosionele skade kan berokken, word nie deur artikel 15 gewaarborg nie.<sup>114</sup>

Die konstitusionele hof het in *S v Lawrence* inhoud aan die reg op geloofsvryheid gegee.<sup>115</sup> Die hof verlaat hom in hierdie verband op die uitspraak van die *Supreme Court of Canada* in *R v Big M Drug Mart*.<sup>116</sup> President Chaskalson verklaar:<sup>117</sup>

---

<sup>112</sup>Sien egter *Wittmann v Deutscher Schulverein Pretoria* 1999 1 BCLR 92 (T) 115E-F.

<sup>113</sup>De Waal *et al Bill of Rights Handbook* 278; Rautenbach in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 1A63.

<sup>114</sup>De Waal *et al Bill of Rights Handbook* 226.

<sup>115</sup>1997 10 BCLR 1348 (CC). Sien ook *Garden Cities Inc Association v Northpine Islamic Society* 1999 2 SA 268 (K) 272B-C; Freedman 1996 *HRCLJ* 35.

<sup>116</sup>(1985) 13 CRR 64.

<sup>117</sup>1997 10 BCLR 1348 (CC) par 92. Sien ook *Prince v President of the Law Society, Cape of Good Hope* 1998 8 BCLR 976 (K) 981D. Sien in die algemeen Farlam 1998 *SAJHR* 298; Malherbe 1998 *TSAR* 673.



"In the *Big M Drug Mart* case Dickson CJC said:

'The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hinderance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination.'

[D]ickson CJC went on to say freedom of religion means more than this. In particular he stressed that freedom implies an absence of coercion or constraint and that freedom of religion may be impaired by measures that force people to act or refrain from acting in a manner contrary to their religious beliefs."

Die reg op vryheid van godsdiens, oortuiging en mening geniet in gepaste gevalle inderdaad horisontale werking.<sup>118</sup> Dit kan derhalwe testeervryheid beïnvloed. Testamentêre bepalinge wat byvoorbeeld poog om 'n begunstigde se keuse of uitlewing van geloof te beheer, kom in hierdie verband in gedrang. Veral verbeuringsbepalinge soos "Jewish faith and race clauses" wat gebondenheid aan 'n bepaalde geloof vereis, kan op grond van hierdie reg betwis word.<sup>119</sup> Ook uit-en-uit onderwing aan die hand van geloofsoorwegings verdien in die onderhawige verband oorweging.

### 5 3 2 5 *Die reg op vryheid van uitdrukking*

Die reg op vryheid van uitdrukking word vervat in artikel 16 wat bepaal:

- "(1) Elkeen het die reg op vryheid van uitdrukking, waarby inbegrepe is-
- (a) die vryheid van die pers en ander media;
  - (b) die vryheid om inligting of idees te ontvang of oor te dra;
  - (c) die vryheid van artistieke kreatiwiteit; en

---

<sup>118</sup>Malherbe 1998 *TSAR* 678-679; 691.

<sup>119</sup>Sien die regspraak onder 5 3 2 1 gelys.



- (d) akademiese vryheid en vryheid van wetenskaplike navorsing.
- (2) Die reg in subartikel (1) omvat nie -
  - (a) propaganda vir oorlog nie;
  - (b) die aanstigting van dreigende geweld nie; of
  - (c) die verkondiging van haat wat op ras, etnisiteit, geslagtelikheid of godsdiens gebaseer is en wat aanhitsing om leed te veroorsaak, uitmaak nie."

De Waal *et al* voer aan dat drie oorwegings die grondwetlike beskerming van uitdrukking fundeer.<sup>120</sup> Die onderhawige reg waarborg eerstens die uitdrukking van idees en uitvindings ter bereiking van die waarheid. Dit verseker tweedens dat mense hulself kan uitdruk ter vervulling van die menslike persoonlikheid en selfstandigheid. Dié reg verleen derdens erkenning aan die veronderstelling dat vrye uitdrukking noodsaaklik is vir die werking van 'n demokrasie. Die skrywers betoog voorts dat "vryheid van uitdrukking" 'n breër betekenis het as bloot "vryheid van spraak". Enige aktiwiteit (ook nie-verbaal van aard) waardeur iemand 'n emosie, geloof of beswaar uitbeeld, kwalifiseer as beskermingswaardige uitdrukking.<sup>121</sup>

Die reg op vryheid van uitdrukking leen homself op grond van sy aard en die plig wat dit oplê tot horisontale werking in gepaste gevalle en kan derhalwe sy invloed ook ten opsigte van testeervryheid laat geld. Testamentêre bepalings wat poog om 'n begunstigde se vryheid van uitdrukking aan bande te lê of te beperk is in hierdie verband nie aan die Suid-Afrikaanse reg onbekend nie.<sup>122</sup> Sodanige bepalings kan 'n inbreuk op die onderhawige reg daarstel. Bepalings (dikwels met 'n liefdadigheidsoogmerk) wat in die besonder poog om in weerwil van artikel 16(1) die beleidsrigting van byvoorbeeld mediamaatkappye, artistieke instansies

---

<sup>120</sup>*Bill of Rights Handbook* 298. Sien ook Marcus en Spitz in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 20-5 - 20-9.

<sup>121</sup>Sien ook Marcus en Spitz in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 20-17.

<sup>122</sup>Sien byvoorbeeld *Ex parte Dessels* 1976 1 SA 851 (D).



of akademiese instellings te beïnvloed, kan eweneens met die reg op vryheid van uitdrukking bots.

### 5 3 2 6 *Die reg op vryheid van assosiasie*

Die reg op vryheid van assosiasie word vervat in artikel 18 wat bondig bepaal:

"Elkeen het die reg op vryheid van assosiasie."

Artikel 18 beskerm die vryheid van elkeen om 'n assosiasie te vorm, by 'n bestaande assosiasie aan te sluit of aan die aktiwiteite van 'n assosiasie deel te neem. Die reg om nie 'n assosiasie te vorm nie, om nie by 'n bestaande assosiasie aan te sluit nie, om 'n assosiasie te ontbind of om uit 'n assosiasie te bedank, word eweneens beskerm.<sup>123</sup> Sowel die reg om andere van 'n bepaalde assosiasie uit te sluit as die reg om te vereis dat diegene wat by 'n bepaalde assosiasie aansluit, die reëls van sodanige assosiasie nakom, word ook beskerm.<sup>124</sup> "Assosiasie" geniet in hierdie verband 'n breë betekenis en dui onder andere op groeperings met politieke, ekonomiese, kulturele, ontspannings- of selfs intieme oogmerke.<sup>125</sup> Die reg op vryheid van assosiasie dien 'n tweeledige doel. Dit bied eerstens die geleentheid tot die bou van verhoudings wat vir sinvolle menslike bestaan nodig is. Dit werk tweedens die ontwikkeling van 'n diverse burgerlike samelewing in die hand.<sup>126</sup> Die onderhawige reg geniet op grond van sy aard en die plig wat dit opleë waar van pas geredelik horisontale werking en is derhalwe ook ten opsigte van testeervryheid relevant.

Die geldigheid van testamentêre bepalings wat 'n begunstigde enersyds tot 'n gegewe assosiasie verplig of 'n begunstigde andersyds die reg tot assosiasie ontsê, kan aan die hand

---

<sup>123</sup>De Waal *et al Bill of Rights Handbook* 334; Rautenbach in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 1A66.

<sup>124</sup>*Wittmann v Deutscher Schulverein Pretoria* 1999 1 BCLR 92 (T) 117H.

<sup>125</sup>De Waal *et al Bill of Rights Handbook* 334-335; Woolman in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 22-3 - 22-4.

<sup>126</sup>Woolman in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 22-2.



van die onderhawige reg betwis word. Bepalings wat 'n begunstigde voorts verhoed om tot sekere sosiale verhoudings toe te tree of saam met sekere persone te verkeer, het hulself al in die Suid-Afrikaanse reg voorgedoen.<sup>127</sup> Sodanige bepalings kan moontlik ook 'n inbreuk op die reg op vryheid van assosiasie daarstel. Uit-en-uit onderwing aan die hand van assosiasie(s) deur die onderfde gevorm, kom ook ter sprake.

### 5 3 2 7      *Politieke regte*

Politieke regte word vervat in artikel 19 wat bepaal:

- "(1) Dit staan elke burger vry om politieke keuses te doen, waarby inbegrepe is die reg om -
  - (a) 'n politieke party te stig;
  - (b) deel te neem aan die bedrywighede van, of lede te werf vir, 'n politieke party; en
  - (c) hulle vir 'n politieke party of saak te beywer.
- (2) Elke burger het die reg op vrye, regverdige en gereelde verkiesings vir enige wetgewende liggaam wat ingevolge die Grondwet ingestel is.
- (3) Elke volwasse burger het die reg om -
  - (a) te stem in verkiesings vir enige wetgewende liggaam wat ingevolge die Grondwet ingestel is, en om dit in die geheim te doen; en
  - (b) 'n kandidaat vir 'n openbare amp te wees en, indien verkies, die amp te beklee."

Artikel 19 waarborg deelname aan die politieke proses en die vryheid van politieke affiliasie. Artikel 19(1) en (3) geniet inderdaad horisontale werking en kan derhalwe eweneens testeervryheid beïnvloed.<sup>128</sup> Testamentêre bepalings wat poog om begunstigdes se deelname

---

<sup>127</sup>Sien byvoorbeeld *Ex parte Dessels* 1976 1 SA 851 (D).

<sup>128</sup>De Waal *et al Bill of Rights Handbook* 339-340; De Waal in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa* 23-3.



aan die politieke proses of politieke affiliasie te beheer in weerwil van een of meer van die regte in dié twee subartikels gelys, kan derhalwe met die onderhawige artikel bots. Ook uit-en-uit onderwing op grond van die ontferde se politieke affiliasie verdien in hierdie verband aandag.

### 5 3 2 8 *Die reg op vryheid van beweging en verblyf*

Die reg op vryheid van beweging en verblyf word vervat in artikel 21 wat bepaal:

- "(1) Elkeen het die reg op vryheid van beweging.
- (2) Elkeen het die reg om die Republiek te verlaat.
- (3) Elke burger het die reg om die Republiek binne te kom, daarin aan te bly, en op enige plek daarin verblyf te neem.
- (4) Elke burger het die reg op 'n paspoort."

Die reg op vryheid van beweging en verblyf geniet in die lig van sy aard en die plig wat dit opleë in gepaste gevalle horisontale werking. Dit kan derhalwe ook 'n rol ten opsigte van testeervryheid speel.

Testamentêre bepalings wat 'n begunstigde enersyds verplig om op 'n bepaalde plek of by 'n bepaalde persoon te woon of 'n begunstigde andersyds verplig om nie op 'n bepaalde plek of by 'n bepaalde persoon te woon nie, is wel aan die Suid-Afrikaanse reg bekend.<sup>129</sup> Hierdie bepalings is in die verlede geredelik as geldig gereken.<sup>130</sup> Gesag bestaan egter dat sodanige bepalings wel as strydig met openbare beleid aangemerkt kan word.<sup>131</sup> Laasgenoemde benadering verdien verdere oorweging in die lig van die reg op vryheid van beweging en verblyf.

<sup>129</sup>Sien byvoorbeeld *Grusd v Grusd* 1946 AA 465; *Ex parte De Kock* 1952 2 SA 502 (K); *Barclays Bank v Anderson* 1959 2 SA 478 (T).

<sup>130</sup>Sien 4 3 1 3.

<sup>131</sup>*Ritchken's Executor v Ritchken* 1924 WPA 17.



Corbett *et al* betoog voorts dat testamentêre bepalings wat 'n begunstigde verhoed om tot sekere sosiale verhoudings toe te tree of saam met sekere persone te verkeer, eweneens die onderhawige reg in gedrang bring.<sup>132</sup>

### 5 3 2 9 *Die reg op vryheid van bedryf, beroep en professie*

Die reg op vryheid van bedryf, beroep en professie word vervat in artikel 22 wat bepaal:

"Elke burger het die reg om vrylik 'n bedryf, beroep of professie te kies. Die beoefening van 'n bedryf, beroep of professie kan deur die reg gereguleer word."

Hierdie reg behels dat elkeen geregtig is om vrylik 'n bedryf, beroep of professie van sy keuse te beoefen.<sup>133</sup> Dit funksioneer in hierdie verband ter aanvulling van die reg op menswaardigheid - beroepsvervulling vorm deel van sinvolle menslike bestaan.<sup>134</sup> Ook die onderhawige reg leen hom tot horisontale werking in gepaste gevalle.<sup>135</sup>

Beskikkings wat poog om 'n begunstigde se beroepskeuse te beheer of 'n begunstigde tot 'n bepaalde ekonomiese aktiwiteit te verplig, is in die verlede al in die Suid-Afrikaanse reg as strydig met die openbare belang aangemerkt.<sup>136</sup> Sodanige benadering word ongetwyfeld deur die reg op vryheid van bedryf, beroep en professie ondersteun. Die vraag na die geldigheid van uit-en-uit onderwing aan die hand van oorwegings wat met die ontferde se bedryf, beroep of professie verband hou, moet ook in die onderhawige verband beantwoord word.

---

<sup>132</sup>*Law of Succession* 122 met verwysing na *Ex parte Dessels* 1976 1 SA 851 (D).

<sup>133</sup>Rautenbach in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 1A70. Sien in die algemeen *Janse van Rensburg v Minister van Handel en Nywerheid* 1999 2 BCLR 204 (T) 211I-212B.

<sup>134</sup>De Waal *et al Bill of Rights Handbook* 289-290.

<sup>135</sup>De Waal *et al Bill of Rights Handbook* 291.

<sup>136</sup>Sien byvoorbeeld *Ex parte Wallace* 1970 1 SA 103 (NK) ten opsigte van 'n voorwaardelike *fideicommissum inter vivos*. Sien 4 3 1 4 vir 'n verdere bespreking in hierdie verband.

### 5 3 2 10 *Die reg op taal en kultuur*

Die reg op taal en kultuur word vervat in artikel 30 wat bepaal:

"Elkeen het die reg om die taal van eie keuse te gebruik en om aan die kulturele lewe van eie keuse deel te neem, maar niemand wat hierdie regte uitoefen, mag dit doen op 'n wyse wat met enige bepaling van die Handves van Regte onbestaanbaar is nie."

Artikel 31 verwoord die verbandhoudende regte van kultuur-, godsdiens- en taalgemeenskappe soos volg:

- "(1) Persone wat aan 'n kultuur-, godsdiens- of taalgemeenskap behoort, mag nie die reg ontsê word om, saam met ander lede van daardie gemeenskap -
  - (a) hul kultuur te geniet, hul godsdiens te beoefen en hul taal te gebruik nie; en
  - (b) kultuur-, godsdiens- en taalverenigings en ander organe van die burgerlike gemeenskap te vorm, in stand te hou en daarby aan te sluit nie.
- (2) Die regte in subartikel (1) mag nie uitgeoefen word op 'n wyse wat met enige bepaling van die Handves van Regte onbestaanbaar is nie."

Artikel 31 waarborg die reg van die lede van 'n bepaalde kultuur-, godsdiens- of taalgemeenskap om ongestoord aktiwiteite ter uitlewing van hul kultuur, godsdiens of taal te beoefen en in die besonder om verenigings vir sodanige uitlewing in die lewe te roep. Artikel 30 verleen 'n bykomende waarborg vir 'n individu se besluit om by 'n bepaalde kultuur- of taalgemeenskap aan te sluit of bande met sodanige gemeenskap te behou.<sup>137</sup>

Die aard van die onderhawige regte en die plig daardeur opgelê, maak dit in gepaste gevalle

---

<sup>137</sup>De Waal *et al Bill of Rights Handbook* 443-446. Sien in die algemeen ten opsigte van artikels 30 en 31 Devenish 1999 *THRHR* 201.



vatbaar vir horisontale werking. Testeervryheid kan derhalwe deur dié regte beïnvloed word. Testamentêre bepalings wat poog om 'n begunstigde se deelname aan die aktiwiteite van of affiliasie by 'n bepaalde kultuur-, godsdiens- of taalgemeenskap te beheer, kom sodoende in gedrang. Verbeuringsbepalings soos "Jewish faith and race clauses" wat voorskriftelik is omtrent 'n begunstigde se uitlewing van sy geloof kan eweneens met genoemde regte bots. Bepalings wat voorskrifte omtrent 'n begunstigde se kulturele betrokkenheid of die uitlewing van sy taalregte neerlê, kan insgelyks met hierdie regte bots. Uit-en-uit onderwing aan die hand van hierdie oorwegings kom in hierdie verband ter sprake.

#### 5 4 BEOORDELING

Die regte vervat in die Handves van Suid-Afrika se tussentydse Grondwet het wesenlik vertikale werking geniet. Hierdie gevolgtrekking berus hoofsaaklik op tekstuele gesag maar word ook op die teoretiese standpunte ten opsigte van die vertikale werking van grondwetlike regte fundeer. Die konstitusionele hof het egter in die *Du Plessis*-uitspraak toegegee dat die teks van die tussentydse Grondwet inderdaad vir die indirekte horisontale werking van sodanige regte voorsiening maak. Hierdie regte kon derhalwe gedingvoering van private aard binne die arena van die gemene reg beïnvloed. In hierdie lig het die reg op eiendom soos vervat in die Handves van die tussentydse Grondwet 'n waarborg ten opsigte van sowel private erfopvolging as testeervryheid verleen. Sekere regte vervat in die Handves van die tussentydse Grondwet kon egter ook ter beperking van testeervryheid funksioneer deurdat dit in die toepassing van die *boni mores*-kriterium oorweeg moes word. Testamentêre bepalings wat in die verlede aan die hand van gemeenregtelike reëls as geldig gereken is, kon derhalwe met ongeldigheid getref word indien 'n hof sou bevind dat sodanige bepalings nie met sekere van die regte vervat in die Handves versoenbaar is nie en sodoende teen die regsgevoel van die gemeenskap indruis. Terselfdertyd sou die hof die navolgenswaardigheid van genoemde gemeenregtelike reëls moes heroorweeg. 'n Bevinding dat sodanige reëls nie meer stand hou nie, kon dientengevolge 'n beperkende invloed op die vryheid van testateurs tot testamentêre beskikking langs die weg van genoemde bepalings hê.

Sekere regte vervat in die Handves van Regte van Suid-Afrika se finale Grondwet geniet op oorwig van gesag direkte horisontale werking. Tot hierdie gevolgtrekking word gekom nie



alleen op grond van die teoretiese standpunte ten opsigte van die horisontale werking van grondwetlike regte nie maar ook aan die hand van die teks van die Grondwet as sodanig. Hierdie regte beïnvloed derhalwe gedingvoering van private aard binne die arena van die gemene reg deurdat 'n gedingsparty 'n direkte beroep op een of meer van dié regte kan doen. Die reg op eiendom vervat in die Handves van die finale Grondwet verleen in hierdie verband eweneens 'n waarborg ten opsigte van sowel private erfopvolging as testeervryheid. Sekere regte vervat in die Handves van die finale Grondwet kan egter ook testeervryheid beperk. Testamentêre bepalings wat in die verlede aan die hand van gemeenregtelike reëls as geldig gereken is, kan nou met 'n beroep op grondwetlike regte betwis word. Sodanige beroep bring die afweeg van testeervryheid teenoor die betrokke grondwetlike reg(te) te berde. Sou 'n hof bevind dat die betrokke reg(te) in die besondere omstandighede swaarder weeg as testeervryheid, moet die hof die gemene reg dienooreenkomstig ontwikkel. Die betrokke testamentêre bepalings kan langs hierdie weg as *contra bonos mores* en derhalwe nietig aangemerkt word, welke bevinding 'n beperkende invloed op die vryheid van testateurs tot testamentêre beskikking langs die weg van sodanige bepalings sal hê.

Dit is interessant om na aanleiding van bogaande opsomming te let dat indirekte horisontaliteit ingevolge die tussentydse Grondwet geredelik dieselfde resultaat ten opsigte van die beperking van testeervryheid lewer as direkte horisontaliteit ingevolge die finale Grondwet. Die wyse waarop hierdie resultaat ingevolge eersgenoemde bereik word, verskil egter van die *modus operandi* ingevolge laasgenoemde.

Die oorsig oor grondwetlike regte wat hul invloed ter beperking van testeervryheid kan laat geld, toon dat 'n beroep op sodanige regte veral sal geskied wanneer 'n testateur enersyds poog om die gedrag of optrede van 'n begunstigde te beheer op 'n wyse wat met die voorskrifte van die Handves van Regte bots of wanneer 'n testateur andersyds poog om die benutting van bates te beheer op 'n wyse wat eweneens nie met die voorskrifte van die Handves strook nie. Dit is juis sodanige voorskriftelike testamentêre bepalings wat aan die hand van genoemde grondwetlike regte onder skoot kan kom. Ook uit-en-uit onderwing op grond van oorwegings wat met genoemde grondwetlike regte verband hou, verdien oorweging ten einde te bepaal of die onderfde sodanige onderwing met 'n beroep op die betrokke reg(te) kan betwis. Die kwessie ten opsigte van die omvang van die invloed van genoemde regte met



betrekking tot die beperking van testeervryheid word in die slothoofstuk aan die hand van praktiese voorbeelde oorweeg.

- - - - \* - - - -

## **AFDELING C**

### **'n REGSVERGELYKENDE STUDIE**

#### **HOOFSTUK 6**

##### **TESTEERVRYHEID IN "COMMON LAW"-REGSTELSELS: BESONDERE ASPEKTE VAN TESTEERVRYHEID IN DIE ENGELSE EN AUSTRALIESE REG**

###### **6 1 INLEIDING**

In hierdie hoofstuk word besondere aspekte van testeervryheid in die Engelse en Australiese reg as twee voorbeelde van "common law"-regstelsels beskou. 'n Omvattende ontleding van die benadering tot testeervryheid in beide hierdie regstelsels val buite die bestek van hierdie werk. Die ondersoek word derhalwe beperk tot tersaaklike aspekte relevant tot oplossing van die probleemstelling in Hoofstuk 1 geformuleer. Vir hierdie doel word die ondersoek na elk van die twee regstelsels ingelei deur 'n kort historiese oorsig gevolg deur 'n beskouing van die algemene benadering tot testeervryheid in elke regstelsel.

Die beperking van testeervryheid in elke regstelsel word vervolgens onder die loep geneem. Die bespreking van hierdie onderwerp begin met 'n oorsig oor twee tersaaklike beperkings op testeervryheid ten einde die rol van sosiale en ekonomiese oorwegings ter beperking van testeervryheid in sowel die Engelse as Australiese reg te illustreer. In hierdie verband word die statutêre onderhoudsaanspraak van afhanklikes teen die boedel van 'n oorledene en die "rule against perpetuities" in beide regstelsels kortliks ondersoek.

Die bespreking met betrekking tot die beperking van testeervryheid word afgesluit met 'n studie van die benadering in beide regstelsels tot wederregtelike testamentêre bepalings en testamentêre bepalings wat in stryd met openbare beleid is. In hierdie verband word 'n



grondwetlike perspektief op die beperking van testeervryheid in elke regstelsels eers verkry. Daarna word gelet op die benadering in elke regstelsel tot wederregtelike testamentêre voorwaardes of voorwaardes wat met openbare beleid bots. Die bespreking eindig met 'n beskouing van die benadering tot voorskriftelike testamentêre bepalings waardeur gepoog word om die gedrag van begunstigdes en/of die benutting van bates te beheer. In hierdie verband val die fokus soos in Hoofstuk 4 op sowel testamentêre verbeuringsbepalings wat op ras, nasionaliteit of geloof berus as bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk wat bevoordeling aan die hand van ras, nasionaliteit, geloof en ook geslag beperk. Ander omstrede bepalings, byvoorbeeld pogings om die verhouding tussen ouer(s) en kind(ers) langs die weg van testamentêre bevoordeling te beïnvloed, word ook beskou. Ten slotte word gelet op die vraag of testamentêre bepalings wat op ras, nasionaliteit of geloof berus in beide regstelsels op grond van vaagheid of onsekerheid in gedrang kom.

Beregting deur Engelse howe binne die arena van die gemene reg geskied tradisioneel sonder enige verwysing na of steun op fundamentele regte.<sup>1</sup> Die *Human Rights Act* van 1998 maak egter sekere fundamentele regte vervat in die Europese Konvensie van Menseregte van 1950 op die huishoudelike reg van die Verenigde Koninkryk van toepassing. Hierdie Wet geniet volgens die meeste skrywers wel indirekte horisontale werking en kan derhalwe die Engelsregtelike posisie ten opsigte van die beperking van testeervryheid met betrekking tot bogenoemde testamentêre bepalings langs die weg van gepaste ontwikkeling van die gemene reg beïnvloed. Die regte vervat in die Australiese Grondwet geniet daarenteen uitsluitlik vertikale werking, terwyl Australiese wetgewing wat die bekamping van diskriminasie ten doel het nie op die testate erfreg van toepassing is nie.

Aangesien die *Human Rights Act* 'n betreklik onlangse ontwikkeling op die gebied van fundamentele regte in die Engelse reg verteenwoordig (en nog nie in Engelse regspraak ten opsigte van testeervryheid ter sprake was nie) en by gebrek aan 'n eweknie in die Australiese reg, val die fokus in die bespreking wat volg hoofsaaklik op die rol wat openbare beleid tradisioneel in beide regstelsels ter beperking van testeervryheid speel.

---

<sup>1</sup>Die begrip "fundamentele regte" word hier gebruik eerder as "grondwetlike regte" aangesien die Verenigde Koninkryk nie oor 'n geskrewe grondwet beskik nie.



## 6 2 DIE ENGELSE REG

### 6 2 1 Historiese oorsig en die benadering tot testeervryheid in die Engelse reg

Testamentêre erfopvolging, in soverre dit tydens die Anglo-Saksiese periode in Engeland voorgekom het, was aanvanklik onvolkome en eenvoudig.<sup>2</sup> Na die verowering van Engeland deur die Normandiërs (1066) het kerklike howe enersyds jurisdiksie verkry ten opsigte van 'n oorledene se persoonlike boedel, dit wil sê sowel roerende bates as grond wat die oorledene in huurpag ("leasehold") besit het. Sodanige bates het in die reël die kerk toegekom.<sup>3</sup> Die *King's Court* (later die *Common Law Court*) het andersyds jurisdiksie verkry ten opsigte van grond wat die oorledene in vrypag ("freehold") besit het.<sup>4</sup>

Na die Reformasie het die invloed van kerklike howe ten opsigte van persoonlike boedels getaan.<sup>5</sup> Vrye beskikking oor sodanige boedels by wyse van testament het derhalwe toegeneem. Hierdie vryheid het egter slegs ten opsigte van 'n gedeelte van 'n testateur se boedel gegeld. Sodanige testateur se vrou en kind(ers) het naamlik aanspraak ten opsigte van bepaalde gedeeltes van 'n testateur se boedel geniet. Hierdie aanspraak het in die veertiende eeu in onbruik verval en groter testeervryheid met betrekking tot hul persoonlike boedels is diensengevolge aan testateurs verleen.<sup>6</sup>

Die houvas wat die *King's Court* ten opsigte van grond in vrypag geniet het, is daarenteen mettertyd versterk en in die dertiende eeu is bepaal dat sodanige grond by die dood van die

---

<sup>2</sup>Potter *English Legal History* 252; Pollock en Maitland *History of English Law* 320-321; Miller *The Machinery of Succession* 3.

<sup>3</sup>Potter *English Legal History* 252-253; Pollock en Maitland *History of English Law* 332-333; Jenks *A Short History of English Law* 62-63; Miller *The Machinery of Succession* 3.

<sup>4</sup>Miller *The Machinery of Succession* 3.

<sup>5</sup>Potter *English Legal History* 253-254.

<sup>6</sup>Pollock en Maitland *History of English Law* 348-349; Miller *The Machinery of Succession* 4; Oughton en Tyler *Tyler's Family Provision* 3.



besitter sonder meer die oudste seun van sodanige besitter toekom.<sup>7</sup> Die gebrek aan testeervryheid in hierdie verband is oorkom deur die leerstuk van die "use". Hierdie leerstuk het dit vir 'n besitter van grond in vrypag moontlik gemaak om sodanige grond aan 'n middelman, die *feoffee*, te gee "to the use of the grantor". Die "legal estate" ('n belang deur regswerking verleen en deur die *King's Court* beskerm) met betrekking tot die grond het diensengevolge in die *feoffee* gevestig maar die *Court of Chancery* het sodanige *feoffee* aan die hand van billikheidsoorwegings verplig om die grond te hou tot voordeel of ooreenkomstig die opdrag van die gewer (*cestui que use*). Laasgenoemde opdrag kon beskikking oor die grond na die dood van die gewer insluit.<sup>8</sup> Die uitvlug wat die leerstuk van die "use" in bogenoemde verband verleen het, is deur die *Statute of Uses* van 1535 beëindig.<sup>9</sup> Die aandrang op testeervryheid met betrekking tot grond in vrypag besit, het egter steeds toegeneem. Die *Statute of Wills* van 1540 het diensengevolge voorsiening gemaak vir volle testeervryheid ten opsigte van grond wat besit is by wyse van "socage tenure" (besitreg vanweë bepaalde dienste deur die besitter aan die eenaar gelewer). Die *Statute of Tenures* van 1660 het besit in vrypag in "socage tenure" omskep wat vrye testamentêre beskikking oor sodanige grond tot gevolg gehad het.<sup>10</sup>

Verdere toegewing ten opsigte van groter testeervryheid het langs die weg van die *Dower Act* van 1833 gevolg. Hierdie Wet het die aanspraak van 'n weduwee op betaling van weduweegeld (gewoonlik 'n vruggebruik ten opsigte van een derde van haar oorlede man se grond) uit die bestorwe boedel van haar man verwater tot 'n blote aanspraak op grond wat deel van die oorledene se intestate boedel uitgemaak het.<sup>11</sup> Die testeervryheid van getroude

---

<sup>7</sup>Pollock en Maitland *History of English Law* 309; Miller *The Machinery of Succession* 4.

<sup>8</sup>Jenks *A Short History of English Law* 95-99; Miller *The Machinery of Succession* 4.

<sup>9</sup>Potter *English Legal History* 254; Jenks *A Short History of English Law* 99-100; Miller *The Machinery of Succession* 4.

<sup>10</sup>Potter *English Legal History* 254; Miller *The Machinery of Succession* 4; Oughton en Tyler *Tyler's Family Provision* 4.

<sup>11</sup>Miller *The Machinery of Succession* 4; Finch *et al Wills, Inheritance and Families* 21; Oughton en Tyler *Tyler's Family Provision* 4.



vrouens is voorts bevorder deur die *Married Women's Property Act* van 1882 wat die aanspraak van 'n man op 'n groot gedeelte van sy oorlede vrou se eiendom beëindig het. Dit het onder andere meegebring dat getroude vrouens vrylik oor hul eiendom by wyse van testament kon beskik.<sup>12</sup> Vanaf 1833 (1882 vir getroude vrouens) is testeervryheid, behoudens enkele beperkings wat steeds ten opsigte van onder andere "perpetuities", wederkerige testamente, estoppel en kontraktuele erfopvolging gegeld het, derhalwe in die Engelse reg tot ongekende hoogtes gevoer. Hierdie situasie is onderskraag deur die *Mortmain and Charitable Uses Act* van 1891 wat met sekere beperkings ten opsigte van bemakings met 'n liefdadigheidsoogmerk weggedoen het. Die era waarin hierdie regsontwikkeling plaasgevind het, is gekenmerk deur 'n *laissez faire*-ingesteldheid ingevolge waarvan individualisme begunstig en staatsbetrokkenheid by die uitoefening van individuele regte en keuses daadwerklik beperk is. Holdsworth tipeer hierdie era soos volg:<sup>13</sup>

"[R]eform of the law and institutions of the country [was conducted along] utilitarian lines, and an individualistic policy of political and economic *laissez-faire* which reduced the activity of government to a minimum..."

In hierdie lig verbaas dit nie dat ook individuele vryheid tot testamentêre beskikking gedurende hierdie periode in die Engelse reg tot groot hoogtes gevoer is nie.

Testeervryheid is egter weer ingeperk by wyse van die verlening van diskresionêre magte aan die hof om afhanklikes van onderhoud uit 'n bestorwe boedel te voorsien, aanvanklik ingevolge die *Inheritance (Family Provision) Act* van 1938 en later die *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act* van 1975.<sup>14</sup>

Bogaande kort historiese oorsig toon dat testeervryheid langamerhand in die Engelse reg

---

<sup>12</sup>Miller *The Machinery of Succession* 4; Finch *et al Wills, Inheritance and Families* 22; Oughton en Tyler *Tyler's Family Provision* 5.

<sup>13</sup>*History of English Law* 22.

<sup>14</sup>Miller *The Machinery of Succession* 4; Finch *et al Wills, Inheritance and Families* 22; Oughton en Tyler *Tyler's Family Provision* 5.



ontwikkel het en dat Engelsregtelike beperking van hierdie vryheid geredelik voorgekom het. Testeervryheid word derhalwe as die hoeksteen van die Engelse testate erfreg gereken maar terselfdertyd word die beperking van hierdie vryheid veroorloof. Finch *et al* verklaar in hierdie verband:<sup>15</sup>

"[T]he concept of testamentary freedom...is of central importance to legislation on wills in the context of English law...each testator is free to dispose of his or her property entirely on the basis of individual choice...In its purest form it implies the absolute right of the individual over property, in death as well as in life. In reality the law places some restrictions on that right...However, in essence, under English law the testator has considerable freedom to decide who shall receive bequests, and also what form those bequests shall take."

Private eiendomsreg vorm in hierdie verband een van die grondbeginsels van die Engelse sakereg. Private erfopvolging en testeervryheid word in die Engelse reg geredelik op die erkenning van private eiendomsreg en die gevolglike beskikkingsbevoegdheid van 'n eienaar fundeer. Miller verklaar derhalwe in sy bespreking van die verhouding tussen private eiendomsreg en private erfopvolging in die Engelse reg:<sup>16</sup>

"The law of succession presupposes the existence of private property, that is property owned or possessed by individuals...Given that rules of succession are necessary in a society which recognises private property...[t]he power of testation is a part of the power of gift. The power of gift is the power of the owner of property to give away that property to whomsoever he or she chooses not only in his or her lifetime, but also at his or her death. The power of gift can be regarded as being as vital to the concept of property as

---

<sup>15</sup>*Wills, Inheritance and Families* 21.

<sup>16</sup>*The Machinery of Succession* 2-3.



the power to sell or exchange."<sup>17</sup>

Testeervryheid staan voorts in verband met en word onderskraag deur verskeie ander elemente van die Engelse testate erfreg. So is testeerbevoegdheid aan die kant van testateurs 'n vereiste vir die geldige verlyding van testamente.<sup>18</sup> Die testeerhandeling moet voorts vry en onbelemmerd plaasvind, met die afwesigheid van bedrog, onbehoorlike beïnvloeding en dwaling as belangrike oorweging.<sup>19</sup> Die delegasie van testeerbevoegdheid word, behoudens sekere uitsonderings, nie toegelaat nie.<sup>20</sup> Streng formaliteite geld ingevolge die *Wills Act* van 1837 vir die verlyding en wysiging van testamente, hoofsaaklik ten einde die egtheid van sodanige testamente en/of wysigings te verseker.<sup>21</sup> Die veranderlikheid en herroeplikheid van testamente ooreenkomstig die wense van testateurs word voorts erken.<sup>22</sup> Die reëls van interpretasie van testamente is ten slotte gerig op die vasstelling van die bedoeling van testateurs soos dit uit hul testamente blyk.<sup>23</sup>

---

<sup>17</sup> Artikel 1 van die Eerste Protokol tot die Europese Konvensie van Menseregte waarborg inderdaad private eiendomsreg deur onder andere die reg van elke persoon "to the peaceful enjoyment of his possessions" te beskerm. Dit is egter onseker of hierdie bepaling ingevolge die *Human Rights Act* van 1998 'n waarborg van private erfopvolging en testeervryheid as deel van gewaarborgde eiendomsreg in die Engelse reg invoer. Dié bepaling fundeer wel sodanige waarborg in ander Europese regstelsels. Sien byvoorbeeld 7 3 1 ten opsigte van die Belgiese reg.

<sup>18</sup> Hobbs *Halsbury's Laws of England* Vol 50 200; Miller *The Machinery of Succession* 121-122; 126-130; Kerridge *The Law of Succession* 58-64; Barlow *et al Wills, Administration and Taxation* 10-13.

<sup>19</sup> Hobbs *Halsbury's Laws of England* Vol 50 201; Miller *The Machinery of Succession* 130-138; Kerridge *The Law of Succession* 69-75; Barlow *et al Wills, Administration and Taxation* 14-18.

<sup>20</sup> Hobbs *Halsbury's Laws of England* Vol 50 186-187; Miller *The Machinery of Succession* 234-236.

<sup>21</sup> Miller *The Machinery of Succession* 148-171; 184-186; Kerridge *The Law of Succession* 76.

<sup>22</sup> Hobbs *Halsbury's Laws of England* Vol 50 182; Miller *The Machinery of Succession* 119; Kerridge *The Law of Succession* 4.

<sup>23</sup> Hobbs *Halsbury's Laws of England* Vol 50 332; Kerridge *The Law of Succession* 181; Barlow *et al Wills, Administration and Taxation* 283.



Die Engelse reg verleen anders as die Suid-Afrikaanse reg wel erkenning aan 'n verdere vorm van kontraktuele erfopvolging naas die *donatio mortis causa*. 'n Engelse testateur kan in hierdie verband geldiglik 'n kontrak sluit waarin sodanige testateur onderneem om 'n sekere bemaking in sy testament in te sluit, of waarin sodanige testateur onderneem om nie 'n bestaande testament te herroep of te wysig nie. 'n Testament wat in navolging van sodanige kontrak gemaak word, bly egter herroeplik en die testateur se vryheid om 'n ander testament te maak, kom voorts nie in gedrang nie. Indien die testateur wel 'n testament maak wat nie met die bepalings van die kontrak ooreenstem nie of wel genoemde testament herroep of wysig, pleeg hy kontrakbreuk en stel hy sodoende sy boedel aan òf 'n eis om daadwerklike vervulling òf 'n eis om kontraktuele skadevergoeding bloot.<sup>24</sup>

## 6 2 2 Die beperking van testeervryheid in die Engelse reg

In hierdie gedeelte word die beperking van testeervryheid in die Engelse reg onder die loep geneem. Twee tersaaklike beperkings word ter inleiding oorsigtelik ondersoek ten einde die rol van sosiale en ekonomiese oorwegings ter beperking van testeervryheid in die Engelse reg te illustreer. In hierdie verband word enersyds op die regsposisie ten opsigte van die vermoënsregtelike beskerming van afhanklikes (die sogenaamde "family provision") gelet. Die "rule against perpetuities" word andersyds beskou. Daarna word die Engelsregtelike benadering tot wederregtelike testamentêre bepalings en testamentêre bepalings wat met openbare beleid bots, ondersoek.

### 6 2 2 1 *Die beperking van testeervryheid op grond van sosiale en ekonomiese oorwegings - 'n oorsig oor twee tersaaklike beperkings op testeervryheid in die Engelse reg*

#### 6 2 2 1 1 Die Engelsregtelike "family provision"

Hierbo is getoon dat die aanspraak wat 'n oorledene se afhanklikes (hoofsaaklik vrou en

---

<sup>24</sup>Hobbs *Halsbury's Laws of England* Vol 50 195-196; Miller *The Machinery of Succession* 211-213; Kerridge *The Law of Succession* 11-13.



kinders) ten opsigte van 'n gedeelte van sodanige oorledene se boedel geniet het, reeds in die veertiende eeu in die Engelse reg in onbruik verval het. Hierdie vermoënsregtelike beskerming het egter in 1939 herleef (en testeervryheid is dienooreenkomstig beperk) met die inwerkingtreding van die *Inheritance (Family Provision) Act* van 1938.<sup>25</sup> Hierdie Wet het onder andere bepaal dat 'n hof op aansoek van 'n afhanklike van 'n oorledene redelike onderhoud uit die boedel van die oorledene aan sodanige afhanklike kan toeken indien die testament van die oorledene na die mening van die hof nie vir sodanige redelike onderhoud vir die afhanklike voorsiening maak nie. Die afhanklikes wat in hierdie verband ter sprake gekom het, was slegs die oorledene se eggenoot, ongetroude of gestremde dogter(s) en minderjarige of gestremde seun(s).<sup>26</sup>

Die *Inheritance (Family Provision) Act* het plek gemaak vir die *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* van 1975. Laasgenoemde Wet geld ten opsigte van alle boedels van persone wat na 1 April 1976 sterf. Ingevolge hierdie Wet kan 'n applikant aansoek doen om die toekenning van 'n bedrag vir onderhoud uit die boedel van 'n oorledene in soverre die beskikking oor 'n oorledene se bates in die testament van sodanige oorledene of ingevolge die intestate erfreg of 'n kombinasie van die testament van die oorledene en die intestate erfreg, nie redelike finansiële voorsiening vir die applikant maak nie.<sup>27</sup> Die moontlike applikante wat in hierdie verband in die Wet geïdentifiseer word, is eerstens die eggenoot van die oorledene, tweedens die voormalige eggenoot van die oorledene wat nie hertrou het nie, derdens die kind(ers) van die oorledene, vierdens 'n persoon (nie 'n kind van die oorledene nie) wat ten opsigte van enige huwelik waartoe die oorledene 'n party was deur die oorledene as 'n kind van die gesin ten opsigte van genoemde huwelik behandel is en vyfdens enige persoon (nie 'n persoon in die voorafgaande vier kategorieë genoem nie) wat onmiddellik voor die dood van die oorledene hetsy in die geheel of gedeeltelik deur sodanige oorledene

---

<sup>25</sup>Die Engelse reg het in hierdie verband die voorbeeld van die Nieu-Seelandse reg gevolg. In Nieu-Seeland het die onderhawige beskerming reeds in 1900 in die *Testator's Family Maintenance Act* beslag gekry.

<sup>26</sup>Miller *The Machinery of Succession* 46.

<sup>27</sup>Artikel 2 van die Wet.



onderhou is.<sup>28</sup> 'n Sesde kategorie is deur die *Law Reform (Succession) Act* van 1995 bygevoeg, naamlik enige persoon (nie 'n eggenoot of voormalige eggenoot van die oorledene nie) wat gedurende die geheel van 'n periode van twee jaar onmiddellik voor die datum van die dood van die oorledene as die eggenoot van sodanige oorledene in dieselfde huishouding as die oorledene gebly het.<sup>29</sup>

Die beperking van testeervryheid ingevolge die *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* word soos in ander regstelsels waarin soortgelyke reëlins bestaan, op veral sosiale maar ook ekonomiese oorwegings fundeer. Dit verleen naamlik enersyds erkenning aan die belangrikheid van die gesin (familie) as sosiale eenheid en die vermoënsregtelike beskermingswaardigheid van hierdie eenheid na die dood van een van die lede daarvan.<sup>30</sup> Andersyds verteenwoordig die vermoënsregtelike beskerming wat ingevolge die onderhawige wetgewing aan persone buite die tradisionele gesins- of familieverband verleen word, ongetwyfeld 'n tekenende aanpassing en uitbouing van die familiebegrip in die moderne Engelse reg. Die sosiale oorwegings waarop die "family provision" berus, vereis kennelik dat die onderhawige vermoënsregtelike beskerming (en dienoooreenkomstige beperking van testeervryheid) na gelang van eietydse omstandighede uitgebrei word na persone wat nie voorheen as gesins- of familielede daarop aanspraak kon maak nie.<sup>31</sup>

#### 6 2 2 1 2 Die Engelsregtelike "rule against perpetuities"

Die Engelsregtelike "rule against perpetuities" verhinder pogings van die kant van testateurs om die toekomstige eienaarskap en vererwing van boedelbates by wyse van testament

---

<sup>28</sup>Artikel 1 van die Wet.

<sup>29</sup>Artikel 2 van die Wet. Vir 'n volledige bespreking van die bepalings van die *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act* sien Miller *The Machinery of Succession* 49-67; Kerridge *The Law of Succession* 121-164; Barlow *et al Wills, Administration and Taxation* 318-334 asook in die algemeen Oughton en Tyler *Tyler's Family Provision*; Mason en Conroy *Spencer Maurice's Family Provision on Death*.

<sup>30</sup>Miller *The Machinery of Succession* 43-49; Finch *et al Wills, Inheritance and Families* 26; Oughton en Tyler *Tyler's Family Provision* 1; 39-41.

<sup>31</sup>Finch *et al Wills, Inheritance and Families* 26-27.



langdurig te beheer. Die reël is van gemeenregtelike oorsprong en is gerig teen voorwaardelike toekomstige belange ("interests"), met ander woorde belange wat eers by die plaasvind van 'n onsekere toekomstige gebeurtenis sal vestig. Die gemeenregtelike reël bepaal dat sodanige voorwaardelike belange *ab initio* nietig is indien, die tydstip van die testateur se dood in ag genome, sodanige belang moontlik eers na afloop van die "perpetuity period" sal vestig. Laasgenoemde periode is die bestaande lewe(ns) ten tyde van die testateur se dood, tesame met 'n tydperk van een-en-twintig jaar daarna.<sup>32</sup>

Die ongeldigheid van bemakings wat voorwaardelike belange buite die "perpetuity period" vestig, is in die *Perpetuities and Accumulations Act* van 1964 erken. Hierdie Wet geld slegs ten opsigte van testamente wat werking geniet na 16 Julie 1964. Die Wet het egter twee belangrike veranderings aan die gemeenregtelike reël teweeggebring. Dit stel 'n testateur enersyds in staat om 'n alternatiewe "perpetuity period" te kies, mits sodanige tydperk nie tagtig jaar te howe gaan nie.<sup>33</sup> Dit maak andersyds voorsiening vir 'n sogenaamde "wait and see"-beginsel. Hierdie beginsel bepaal dat 'n voorwaardelike belang nie sonder meer *ab initio* nietig is omdat dit moontlik na afloop van die "perpetuity period" sal vestig nie maar dat eers "gewag en gesien" moet word of die belang nie tog wel binne die voorgeskrewe tydperk vestig nie. Indien vestiging wel binne die voorgeskrewe tydperk plaasvind, sal die belang dienooreenkomstig nie faal nie.<sup>34</sup>

Regverdiging vir die "rule against perpetuities" word in hoofsaaklik ekonomiese maar ook sosiale oorwegings gevind. Dit verhoed nie alleen die gebondenheid van boedelbates oor sodanige lang tydperke dat die nuttige ekonomiese gebruik van sodanige bates aan bande gelê word nie maar dit voorkom ook die "inconvenience and distress that would be brought on

---

<sup>32</sup>Hobbs *Halsbury's Laws of England* Vol 35 615; Miller *The Machinery of Succession* 8.

<sup>33</sup>Artikel 1 van die Wet.

<sup>34</sup>Artikel 3 van die Wet. Sien Hobbs *Halsbury's Law of England* Vol 35 615-630 vir 'n volledige bespreking van die werking van hierdie reël.



families whose assets are so fettered".<sup>35</sup>

#### 6 2 2 2 *Die benadering in die Engelse reg tot wederregtelike testamentêre bepalings en testamentêre bepalings wat met openbare beleid bots*

Die onderhawige onderwerp word ingelei deur 'n Engelsregtelike grondwetlike perspektief op die beperking van testeervryheid. Daarna word die onderwerp in navolging van Hoofstuk 4 op tweeledige wyse bespreek. Enersyds word die benadering in die Engelse reg tot testamentêre voorwaardes wat wederregtelik of met openbare beleid strydig is kortliks in oënskou geneem. Andersyds word 'n breër perspektief ten opsigte van die rol van openbare beleid in die beoordeling van testamentêre bepalings verkry aan die hand van 'n ontleding van die Engelsregtelike benadering tot voorskriftelike bepalings waardeur gepoog word om die gedrag van begunstigdes en/of die benutting van bates te beheer. Die Engelse reg word in hierdie verband op soortgelyke wyse as die Suid-Afrikaanse reg hoofsaaklik gekenmerk deur oorwegings wat met ras, nasionaliteit of geloof verband hou. Tog geniet ander oorwegings ook in die Engelse reg aandag en enkele voorbeelde uit regspraak word in hierdie verband beskou. Die kwessie ten opsigte van die vaagheid of onsekerheid van bepalings wat met ras, nasionaliteit of geloof verband hou, word eweneens bespreek.

#### 6 2 2 2 1 'n Engelsregtelike grondwetlike perspektief op die beperking van testeervryheid

Die Verenigde Koninkryk beskik nie oor 'n geskrewe grondwet wat met verwysing na

---

<sup>35</sup>*Stanley v Leigh* (1732) 2 P Wms 686 688; Hobbs *Halsbury's Laws of England* Vol 35 605. Die "rule against perpetuities" is nie die enigste meganisme in die Engelse reg om hierdie oorwegings in die onderhawige verband te verwesenlik nie. So verbied die gemeenregtelike "rule against alienation" byvoorbeeld enige testamentêre bepaling wat 'n begunstigde verbied om bemaakte bates te vervreem. Die onaanvaarbare ekonomiese gevolge van sodanige bepaling fundeer eweneens hierdie reël. Die *Law of Property Act* van 1925 beperk vanweë soortgelyke oorwegings weer die vryheid van testateurs om vir langdurige akkumulasie van inkomste voorsiening te maak deur hul boedels in trust te plaas. Sien in hierdie verband Miller *The Machinery of Succession* 10-11.



gewaarborgde fundamentele regte rigting ten opsigte van die onderhawige aangeleentheid kan gee nie. Die *Human Rights Act* van 1998 maak egter wel sekere regte vervat in die Europese Konvensie van Menseregte van 1950 op die huishoudelike reg van die Verenigde Koninkryk van toepassing. Tersaaklike regte wat aldus van krag is, sluit onder andere die reg op persoonlike vryheid,<sup>36</sup> die reg op private en gesinslewe,<sup>37</sup> die reg op vryheid van denke, gewete en geloof,<sup>38</sup> die reg op vryheid van uitdrukking,<sup>39</sup> die reg op vryheid van assosiasie<sup>40</sup> en die reg om in die huwelik te tree<sup>41</sup> in. 'n Verbod op diskriminasie op grond van geslag, ras, kleur, taal, geloof, politieke of ander mening, nasionale of sosiale herkoms, assosiasie met 'n nasionale minderheidsgroep, eiendom, geboorte of ander status is ook in die Konvensie vervat.<sup>42</sup> Die Eerste Protokol tot die Konvensie beskerm die reg op eiendom aan die hand van sowel 'n waarborg van vreedsame gebruik van besittings as 'n waarborg teen onteiening.<sup>43</sup>

Die *Human Rights Act* is in die eerste plek bestem om die individu teen magismisbruik van staatsweë te beskerm - die regte vervat in die Konvensie geniet derhalwe ingevolge dié Wet ongetwyfeld vertikale werking.<sup>44</sup> Laat die Wet egter ook ruimte vir die horisontale werking van sekere regte daarin vervat? In hierdie verband bestaan daar meningsverskil onder Engelse skrywers oor die onderwerp.

'n Skrywer soos Buxton is byvoorbeeld ten gunste van 'n konserwatiewe benadering ten

---

<sup>36</sup>Artikel 5 van die Konvensie.

<sup>37</sup>Artikel 8 van die Konvensie.

<sup>38</sup>Artikel 9 van die Konvensie.

<sup>39</sup>Artikel 10 van die Konvensie.

<sup>40</sup>Artikel 11 van die Konvensie.

<sup>41</sup>Artikel 12 van die Konvensie.

<sup>42</sup>Artikel 14 van die Konvensie.

<sup>43</sup>Artikel 1 van die Protokol.

<sup>44</sup>Leigh 1999 *ICLQ* 59.



opsigte van die toepaslikheid van die *Human Rights Act* op die gebied van die privaatreë - na sy mening geniet die regte in die Wet vervat allereers vertikale werking.<sup>45</sup> Phillipson argumenteer daarenteen dat die *Human Rights Act* wel 'n mindere vorm van indirekte horisontaliteit voorsien. Hy voer aan dat 'n party tot 'n geding van private aard binne die arena van die gemene reg hom slegs ter steun van 'n gemeenregtelike gedingsoorsaak op 'n reg vervat in die Konvensie kan beroep. Die regte in die Konvensie vervat funksioneer volgens Phillipson dus nie as selfstandige regte ter gedingvoering nie maar eerder as normatiewe beginsels aan die hand waarvan die hof op diskresionêre wyse in 'n geding van private aard gepaste regshulp kan verleen. Die skrywer verklaar in hierdie lig derhalwe dat Britse hof "should be prepared to recognise those cases where potent private power, exercised with no, or with vitiated consent poses a threat to the vital human interests which human rights protect, therefore giving the relevant rights clear prominence as fundamental principles in common law adjudication".<sup>46</sup> Leigh is op sy beurt van mening dat 'n tekstuele ontleding daarop dui dat die *Human Rights Act* inderdaad vir volwaardige indirekte horisontaliteit voorsiening maak. Volgens Leigh is die hof in navolging van die *Human Rights Act* bestem om die gemene reg te ontwikkel in ooreenstemming met die regte in die Konvensie vervat. Leigh gee toe dat die Wet nie 'n uitdruklike opdrag tot sodanige ontwikkeling van die gemene reg bevat nie. Tog is die skrywer van mening dat hierdie ontwikkeling geredelik onder invloed van die Wet kan en sal plaasvind.<sup>47</sup>

"The courts may feel more free to look explicitly to the Convention as the reason for developing the common law, rather than merely as a persuasive additional consideration. At the very least it can be said that nothing in the Human Rights Act will detract from these developments in the common law and that the general climate following incorporation is more likely to favour increasing judicial reference to the Convention."

---

<sup>45</sup>2000 *LQR* 48.

<sup>46</sup>1999 *MLR* 824.

<sup>47</sup>1999 *ICLQ* 82-83. Sien ook Markesinis 1999 *LQR* 73; Hunt 1998 *Public Law* 439-440; Wade 2000 *LQR* 217 en in die algemeen Bamforth 1999 *CLJ* 159.



Leigh argumenteer dat die *Human Rights Act* nie voorsiening maak vir die direkte horisontale werking van die regte in die Konvensie vervat nie. Hy wys daarop dat nóg die bewoording van die Wet nóg die algemene skema van die Konvensie sodanige direkte horisontale werking beoog.<sup>48</sup> Hunt gaan met hierdie siening akkoord maar voer wel aan dat, hoewel die *Human Rights Act* inderdaad nie direkte horisontaliteit voorsien nie, dit wel die werking van tersaaklike regte in die Konvensie vervat iewers tussen indirekte en direkte horisontaliteit posisioneer:<sup>49</sup>

"[T]he courts will not merely have the power to "consider" the Convention when interpreting the common law in private disputes, nor will they merely have an obligation to take into account Convention "values". Rather they will be under an unequivocal duty to act compatibly with Convention rights. In some cases, this will undoubtedly require them actively to modify or develop the common law in order to achieve such compatibility...The most likely position then is that the Convention will be regarded as applying to all law, and therefore as potentially relevant in proceedings between private parties, but will fall short of being *directly* horizontally effective, because it will not confer any new private causes of action against individuals in respect of breach of Convention rights."

Die benadering ten gunste van horisontaliteit veroorsaak soos in die Suid-Afrikaanse reg<sup>50</sup> dat 'n meer substantiewe siening van die reg deur die *Human Rights Act* in die Engelse reg in die hand gewerk word - beleidsoorwegings van morele, sosiale, ekonomiese, politieke en institusionele aard sal derhalwe voortaan meer geredelik deur Engelse houe ter beslissing oorweeg kan word.<sup>51</sup> Die *Human Rights Act* verteenwoordig egter 'n betreklik onlangse ontwikkeling op die gebied van fundamentele regte in die Engelse reg en die invloed daarvan

---

<sup>48</sup>1999 *ICLQ* 83-85; 87. Sien ook Markesinis 1999 *LQR* 72; Hunt 1998 *Public Law* 438.

<sup>49</sup>1998 *Public Law* 441-442. Sien ook Markesinis 1999 *LQR* 86.

<sup>50</sup>Sien 5 2 3.

<sup>51</sup>Irvine 1998 *Public Law* 229; 235-236.



sal eers met verloop van tyd bepaal kan word. Die Engelse hoewe het nog nie die geleentheid gehad om die invloed van dié Wet op die erfreg in die algemeen en testeervryheid in die besonder te ondersoek nie. Die ondersoek wat volg fokus derhalwe op die tradisionele benadering (met ander woorde die benadering voor die inwerkingtreding van die *Human Rights Act*) tot beperking van testeervryheid met betrekking tot sekere omstrede testamentêre bepalinge.

Die Engelse reg hanteer die kwessie ten opsigte van sodanige testamentêre bepalinge tradisioneel aan die hand van openbare beleidsoorwegings. Die Engelsregtelike benadering tot die werking van openbare beleid, ook in die onderhawige verband, is deur Lord Simon in *Blathwayt v Lord Cawley* verwoord:<sup>52</sup>

"I must not be taken thereby to be implying that it is for courts of law to embark on an independent and unfettered appraisal of what they think is required by public policy on any issue. Courts are concerned with public policy only in so far as it has been manifested by parliamentary sanction or embodied in rules of law having binding judicial force. As to such rules of law your Lordships have the same power to declare, to bind and to loose as in regard to any other judicial precedent. Rules of law expressing principles of public policy therefore fall to be treated with the same respect and circumspection, the same common sense and regard for changing circumstances, as any other rules of law."

#### **6 2 2 2 2     Wederregtelike testamentêre voorwaardes en testamentêre voorwaardes wat met openbare beleid bots**

Die Engelse reg veroorloof testateurs om voorwaardelike bemakings in hul testamente in te sluit.<sup>53</sup> In hierdie verband word tussen "conditions precedent" en "conditions subsequent" onderskei. Eersgenoemde is vergelykbaar met die opskortende voorwaarde van die Suid-

---

<sup>52</sup>[1975] 3 All ER 625 637.

<sup>53</sup>Hobbs *Halsbury's Laws of England* Vol 50 264.



Afrikaanse reg en stel 'n bemaking uit tot vervulling van die betrokke voorwaarde. Laasgenoemde stem ooreen met die ontbindende voorwaarde van die Suid-Afrikaanse reg en beëindig 'n bemaking by vervulling van die betrokke voorwaarde.<sup>54</sup> Ten einde geldig te wees, moet genoemde voorwaardes nie met openbare beleid bots nie.<sup>55</sup> 'n Voorwaarde is strydig met openbare beleid indien die staat 'n belang daarin het of 'n belang daarin mag hê dat die betrokke voorwaarde nie uitgevoer word nie.<sup>56</sup> 'n Ongeldige "condition subsequent" (die voorwaarde relevant tot die bespreking wat volg) bring mee dat die begunstigde die bemaking onvoorwaardelik ontvang.<sup>57</sup>

Die Engelse howe het by geleentheid onder andere die volgende gevalle as strydig met openbare beleid aangemerkt:

- (a) 'n Voorwaarde wat 'n begunstigde aanmoedig om 'n misdaad te pleeg of hom skuldig te maak aan korrupsie of enige ander daad wat deur die reg verbied word.<sup>58</sup>
- (b) 'n Voorwaarde wat van 'n begunstigde vereis om sy invloed ten opsigte van 'n politieke aangeleentheid te laat geld, byvoorbeeld ten einde 'n adelsitel te bekom.<sup>59</sup>
- (c) 'n Voorwaarde wat skeiding tussen man en vrou of tussen ouer(s) en kind(ers) beoog.<sup>60</sup>

---

<sup>54</sup>Hobbs *Halsbury's Laws of England* Vol 50 265.

<sup>55</sup>Hobbs *Halsbury's Laws of England* Vol 50 264.

<sup>56</sup>Hobbs *Halsbury's Laws of England* Vol 50 266.

<sup>57</sup>Hobbs *Halsbury's Laws of England* Vol 50 266.

<sup>58</sup>*Mitchel v Reynolds* (1711) 1 P Wms 181; *Egerton v Earl of Brownlow* (1853) 4 HL Cas 1; *Shrewsbury v Hope Scott* (1859) 6 Jur NS 452.

<sup>59</sup>*Earl of Kingston v Pieterpont* (1681) 1 Vern 5; *Egerton v Earl of Brownlow* (1853) 4 HL Cas 1.

<sup>60</sup>*Re Sandbrook, Noel v Sandbrook* [1912] 2 Ch 471; *Re Boulter, Capital and Counties Bank v Boulter* [1922] 1 Ch 75; *Re Caborne, Hodge and Nabarro v Smith* [1943] 2 All ER 7; *Re Piper, Dodd v Piper* [1946] 2 All ER 503.



- (d) 'n Voorwaarde wat met die beheer van 'n ouer oor die opvoeding of godsdienstige onderrig van sy kind inmeng.<sup>61</sup>
- (e) 'n Voorwaarde wat 'n begunstigde verbied om diensplig ter verdediging van die koninkryk te verrig of 'n ander openbare amp te beklee.<sup>62</sup>
- (f) 'n Voorwaarde wat 'n verbod op huweliksluiting plaas.<sup>63</sup>
- (g) 'n Voorwaarde wat 'n begunstigde verbied om tot 'n bepaalde ambag of bedryf toe te tree.<sup>64</sup>
- (h) 'n Voorwaarde wat teen die "rule against perpetuities" indruis.<sup>65</sup>

Die gevalle wat hierbo as voorbeelde van ongeldige voorwaardes bespreek is, is aanduidend van die rol wat openbare beleid in die Engelse reg ter beperking van testeervryheid speel. Ten spyte van die feit dat sodanige voorwaardes die wense van 'n testateur verwoord, word dit in die geval van 'n "condition subsequent" bloot geïgnoreer indien die uitvoering daarvan nie aan die hand van openbare beleid regverdig kan word nie.

---

<sup>61</sup>*Re Tegg, Public Trustee v Bryant* [1936] 2 All ER 878; *Re Burke* [1951] IR 216; *Re Blake, Lynch v Lombard* [1955] IR 89.

<sup>62</sup>*Re Beard, Reversionary and General Securities v Hall, Re Beard v Hall* [1908] 1 Ch 383; *Re Edgar, Cohen v Edgar* [1939] 1 All ER 635.

<sup>63</sup>*Long v Dennis* (1767) 4 Burr 2052; *Morley v Rennoldson, Morley v Linkson* (1843) 2 Hare 570.

<sup>64</sup>*Cooke v Turner* (1846) 15 M & W 727; *Egerton v Earl of Brownlow* (1853) 4 HL Cas 1.

<sup>65</sup>*Miller The Machinery of Succession* 9.



**6 2 2 2 3    Die beperking van testeervryheid ten opsigte van voorskriftelike testamentêre bepalings waardeur gepoog word om die gedrag van begunstigdes en/of die benutting van bates te beheer**

Die wyse waarop die Engelse reg openbare beleid aanwend ten einde met testamentêre bepalings te handel wat (potensieel) wederregtelik of met openbare beleid strydig is, is byna net so omstrede as in die Suid-Afrikaanse reg. Hierdie omstredenheid is soos in die Suid-Afrikaanse reg veral te bespeur in die benadering tot testamentêre bepalings op ras, nasionaliteit of geloof gegrond waardeur gepoog word om die gedrag van begunstigdes of benutting van bates te beheer.<sup>66</sup> Enersyds bestaan Engelsregtelike gesag dat testamentêre bevoordeling op grond van ras, nasionaliteit of geloof kan geskied sonder om openbare beleid in gedrang te bring. Andersyds word hierdie benadering om verskeie redes in die Engelse reg bevraagteken.

Ten einde hierdie aangeleentheid na behore toe te lig, word op die volgende drie aspekte gelet:

- (a) testamentêre verbeuringsbepalings - enersyds dié wat op ras, nasionaliteit of geloof gegrond is maar andersyds ook dié wat die verhouding tussen ouer(s) en kind(ers) in gedrang bring;
- (b) bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk - in besonder die liefdadigheidstrust - in-gevolge waarvan voordele tot lede van 'n bepaalde ras, nasionaliteit of geloof beperk word asook die verwante aangeleenthede ten opsigte van sowel liefdadigheidstrusts wat voordele tot lede van een geslag alleenlik beperk as liefdadigheidstrusts met 'n politieke oogmerk; en
- (c) die verbandhoudende vraag of die geldigheid van testamentêre bepalings wat op ras, nasionaliteit of geloof berus in die Engelse reg op grond van vaagheid of onsekerheid in gedrang kom.

---

<sup>66</sup>Sien 4 3 3 vir die posisie in die Suid-Afrikaanse reg.



## 6 2 2 2 3 1 Verbeuringsbepalings

Testamentêre verbeuringsbepalings (in die vorm van "conditions subsequent") wat op ras, nasionaliteit of geloof gegrond is en wat poog om die geloofsoortuigings of keuse van 'n lewensmaat van 'n begunstigde aan die hand van sodanige oorwegings te beheer, is aan die Engelse reg welbekend.<sup>67</sup> Hierdie bepalinge geniet geldige werking in die Engelse reg omdat tradisioneel aanvaar word dat dit nie met openbare beleid strydig is nie.<sup>68</sup> Hierdie situasie word onderskraag deur die feit dat die bepalinge van die *Race Relations Act* van 1976 wat onder andere op die bekamping van diskriminasie op grond van ras gemik is, nie werking ten opsigte van testamentêre bepalinge of private trusts geniet nie.<sup>69</sup>

Tog is bedenkinge oor die voortgesette geldigheid van sodanige bepalinge wel al uitgespreek. In *Clayton v Ramsden* het die testateur byvoorbeeld bepaal dat sy dogter haar testamentêre voordeel sal verbeur indien sy in die huwelik sou tree met "a person who is not of Jewish parentage and of the Jewish faith".<sup>70</sup> Lord Russell beskryf die uitwerking van hierdie bepaling tereg soos volg:<sup>71</sup>

"[T]his is a case in which the testator has sought...to direct the lives of his children from the grave...[and]...to control his daughter Edna's choice of husband."

Lord Romer beslis, sonder om spesifiek na die invloed van openbare beleid te verwys, dat

---

<sup>67</sup>Soos in die Suid-Afrikaanse reg is Engelse testateurs in hierdie verband nie tot "conditions subsequent" beperk nie maar kan ook van "conditions precedent" gebruik maak ten einde die beoogde beheer uit te oefen. In aansluiting by Hoofstuk 4 word hier egter op eersgenoemde gefokus met, waar van pas, verwysing na laasgenoemde.

<sup>68</sup>*Perrin v Lyon* (1807) 9 East 170; *Jenner v Turner* (1880) 16 ChD 188; *Hodgson v Holford* (1879) 2 ChD 959; *Re May, Eggar v May* [1932] 1 Ch 99.

<sup>69</sup>Hobbs *Halsbury's Laws of England* Vol 50 274 n 2.

<sup>70</sup>[1943] 1 All ER 16.

<sup>71</sup>[1943] 1 All ER 16 17. Sien ook 'n soortgelyke opmerking van Lord Romer op 20-21.



sodanige bepaling heeltemal aanvaarbaar is.<sup>72</sup> 'n Waarskuwende woord kom egter van Lord Atkin:<sup>73</sup>

"For my own part I view with disfavour the power of testators to control from their grave the choice in marriage of their beneficiaries, and should not be dismayed if the power were to disappear."

In *In re Remnant's Settlement Trusts, Hooper v Wenham* het die testateur voorsiening gemaak vir die verbeuring van trustvoordele, sou sekere begunstigdes (familielede van die testateur) "be practising Roman Catholicism" of "be married to or living as man and wife with a member of the Roman Catholic faith".<sup>74</sup> Aansoek word ingevolge die *Variation of Trusts Act* van 1958 gedoen om onder andere die skapping van hierdie verbeuringsbepaling, hoofsaaklik op grond van die oorweging (soos deur genoemde Wet vereis) dat die skapping in belang van die betrokke begunstigdes sal wees. Regter Pennycuik stem tot skapping toe aangesien die verbeuringsbepaling na sy mening nie alleen die begunstigdes se keuse van lewensmaat op ongeregverdigde wyse beperk nie maar ook tot onmin tussen die betrokke families kan lei. Om hierdie rede ag die regter die skapping in belang van die begunstigdes.

Die toonaangewende uitspraak oor die onderhawige aangeleentheid volg in *Blathwayt v Lord Cawley*.<sup>75</sup> Die testateur het *in casu* vir die verbeuring van testamentêre trustvoordele voorsiening gemaak, onder andere in die geval dat enige begunstigde "be or become a Roman Catholic". Lord Wilberforce gee enersyds toe dat die tyd moontlik ryp is vir die heroorweging van die geldigheid wat die Engelse reg tradisioneel aan bepalinge soos die onderhawige toeskryf.<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup>[1943] 1 All ER 16 21.

<sup>73</sup>[1943] 1 All ER 16 17.

<sup>74</sup>1970 1 Ch 560.

<sup>75</sup>[1975] 3 All ER 625.

<sup>76</sup>[1975] 3 All ER 625 636.



"[I] do not doubt that conceptions of public policy should move with the times and that widely accepted treaties and statutes [*in casu* is verwys na die *Race Relations Act* en die Europese Konvensie van Menseregte] may point to the direction in which such conceptions, as applied by the courts, ought to move. It may well be that conditions such as this are, or at least are becoming, inconsistent with standards now widely accepted."

Tog is Lord Wilberforce andersyds van mening dat, veral vanweë die vooropgesteldheid van testeervryheid in die Engelse reg, die onderhawige bepaling nie met ongeldigheid getref moet word nie:<sup>77</sup>

"To do so would bring about a substantial reduction of another freedom, firmly rooted in our law, namely that of testamentary disposition."

Lord Wilberforce word in hierdie benadering deur die ander regters gesteun. Lord Cross merk byvoorbeeld op:<sup>78</sup>

"[I]t is true that it is widely thought nowadays that it is wrong for a government to treat some of its citizens less favourably than others because of differences in their religious beliefs; but it does not follow from that that it is against public policy for an adherent of one religion to distinguish in disposing of his property between adherents of his faith and those of another."

Lord Edmund-Davies sluit hierby aan:<sup>79</sup>

"[A] not unimportant matter of public policy is involved in limiting a testator's power to dispose of his own property in his own way without clear justification for so curtailing his freedom being first established, and I echo the

---

<sup>77</sup>[1975] 3 All ER 625 636.

<sup>78</sup>[1975] 3 All ER 625 639.

<sup>79</sup>[1975] 3 All ER 625 649.



doubt expressed by...Lord Cross...that it is self-evidently against public policy for an adherent of one religion to distinguish between people of one faith or another when he is making his testamentary dispositions."

Die uitspraak in *Blathwayt v Lord Cawley* opper 'n aantal interessante punte wat kommentaar verdien.

Eerstens moet in gedagte gehou word dat hierdie uitspraak in 1975 gelewer is - byna drie dekades gelede. Met hierdie feit in gedagte is die volgende opmerking van Lord Wilberforce insiggewend:<sup>80</sup>

"Discrimination is not the same thing as choice: it operates over a larger and less personal area, and neither by express provision nor by implication has private selection *yet* become a matter of public policy."

Lord Wilberforce se beskrywing van diskriminasie tersyde, kan met verwysing na die *Human Rights Act* geargumenteer word dat "private selection" en/of diskriminasie (laasgenoemde wat deur artikel 14 van die Europese Konvensie van Menseregte verbied word) inderdaad *tans* in die Engelse reg uit 'n openbare beleidsoogpunt van belang is. Op soortgelyke wyse kan aan die hand van die ontwikkeling op grondwetlike gebied in Suid-Afrika in Hoofstuk 5 bespreek, eweneens geargumenteer word dat private keuse/diskriminasie inderdaad *tans* in die Suid-Afrikaanse konteks vanuit 'n openbare beleidsoogpunt van belang is. Dit sluit aan by die reedsaangehaalde standpunt van Lord Wilberforce "that conceptions of public policy should move with the times".

Die volgende (ietwat positivistiese) benadering van Lord Simon is tweedens in die lig van genoemde plaaslike grondwetlike ontwikkeling interessant:<sup>81</sup>

"Courts are concerned with public policy only insofar as it has been

---

<sup>80</sup>[1975] 3 All ER 625 636. My kursivering.

<sup>81</sup>[1975] 3 All ER 625 637.



manifested by parliamentary sanction or embodied in rules of law having binding judicial force."

Die indirekte horisontale werking ingevolge die *Human Rights Act* van sekere regte vervat in die Europese Konvensie van Menseregte bring mee dat die openbare beleidsoorwegings wat deur sodanige regte verteenwoordig word inderdaad tans in die Engelse reg in bindende regsreëls vervat is en derhalwe voldoen aan bogenoemde maatstaf deur Lord Simon neergelê. Op soortgelyke wyse kan geargumenteer word dat die direkte horisontale werking wat in gepaste omstandighede aan sekere regte vervat in die Suid-Afrikaanse Handves van Regte toegeskryf word, meebring dat die openbare beleidsoorwegings wat deur sodanige regte verteenwoordig word eweneens in Suid-Afrikaanse verband in bindende regsreëls vervat is en derhalwe insgelyks aan Lord Simon se maatstaf voldoen. Laasgenoemde direkte horisontale werking van grondwetlike regte negeer ook binne die Suid-Afrikaanse konteks die onderskeid in die reedsaangehaalde standpunt van Lord Cross tussen die publieke arena enersyds en private sfeer andersyds. Die Handves van Regte verskaf voorts binne Suid-Afrikaanse verband 'n "clear justification for so curtailing his ['n testateur se] freedom" soos deur Lord Edmund-Davies hierbo vereis.

Lord Simon wys derdens tereg daarop dat die beoordeling van openbare beleid nie aan die hand van rigiede reëls nie maar eerder by wyse van 'n soepel benadering op grond van die feite van elke besondere geval moet geskied.<sup>82</sup>

"The actual personal circumstances can differ so greatly in these matters from case to case that it is difficult to apply a general rule of public policy which is not either practically unreal in many cases or open to some logical objection."

Dit blyk vierdens uit die uitspraak dat testamentêre bevoordeling ingevolge 'n verbeuringsbepaling soos die onderhawige vereis dat 'n werkbare balans tussen die beskerming van die individu enersyds en persoonlike verantwoordelikheid andersyds

---

<sup>82</sup>[1975] 3 All ER 625 637.

bewerkstellig word. In die woorde van Lord Wilberforce:<sup>83</sup>

"[A] choice between considerations of material wealth and spiritual welfare has to be made by many...and it would be cynical to assume that these cannot be conscientiously and rightly made."

Lord Simon wys ten slotte daarop dat testamentêre beskikking in die onderhawige verband nie aan 'n strenger toets as beskikking *inter vivos* blootgestel moet word nie:<sup>84</sup>

"'Attempt to rule the living from the grave' is a vivid phrase apt to cause revulsion from the conduct referred to; but it is difficult to see why, if public policy is invoked, a particular disposition should be more objectionable if made by will than if made *inter vivos*."

Die openbare beleidstandpunt in die *Blathwayt*-uitspraak geformuleer ten opsigte van verbeuringsbepalings op ras, nasionaliteit of geloof gegrond, verteenwoordig steeds die heersende siening in die Engelse reg. Die geneigdheid het egter posgevat om die geldigheid van sodanige bepalinge te betwis op grond van vaagheid of onsekerheid eerder as met steun op oorwegings wat met openbare beleid verband hou.<sup>85</sup>

Soos reeds vermeld, word testamentêre verbeuringsbepalings in die Engelse reg ook geredelik baseer op oorwegings wat nie met ras, nasionaliteit of geloof verband hou nie. 'n Enkele geval word vervolgens by wyse van voorbeeld in hierdie verband beskou.

Testateurs poog soms om langs die weg van verbeuringsbepalings die verhouding tussen ouer(s) en kind(ers) te beheer. Sodanige bepalinge is aanvanklik as strydig met openbare

---

<sup>83</sup>[1975] 3 All ER 625 637. Sien soortgelyke standpunte van Lord Cross op 644 en Lord Fraser op 650.

<sup>84</sup>[1975] 3 All ER 625 637.

<sup>85</sup>Sien byvoorbeeld *Re Tuck's Settlement Trusts, Public Trustee v Tuck* [1978] 1 All ER 1047.



beleid aangemerkt maar in onlangse tye is hierdie benadering ietwat getemper. In *Re Sandbrook, Noel v Sandbrook* het die testatrise byvoorbeeld trustinkomste aan haar twee kleinkinders bemaak maar vir die verbeuring van hierdie voordeel voorsiening gemaak "if either one or both of my grandchildren shall live or be or continue to be under the custody, guardianship or control of their father".<sup>86</sup> Regter Parker vind hierdie voorwaarde strydig met openbare beleid.<sup>87</sup>

"It appears to me that this condition is inserted in the will with the direct object of deterring the father of these two children from performing his parental duties with regard to them, because it makes their worldly welfare dependent on his abstaining from doing what is certainly his duty to do, namely to bring his influence to bear and not give up his right to the custody, the control and education of his children..."

In *Re Boulter, Capital and Counties Bank v Boulter* word tot 'n soortgelyke beslissing gekom in 'n geval waar 'n testateur die restant van sy boedel aan sy seun en dié se kinders bemaak het "on condition that such children or child are or is at all times during their or his respective minorities...maintained in England and do not reside abroad".<sup>88</sup> Daar word vervolgens vir die verbeuring van voordele voorsiening gemaak sou nie aan hierdie voorwaarde gehoor gegee word nie. Dit het geblyk dat, benewens die feit dat die seuns se moeder van Duitse herkoms was, hul vader noodgedwonge na werksgeleenthede buite Engeland moes soek. Regter Sargant laat hom derhalwe soos volg oor dié bepaling uit:<sup>89</sup>

"In my judgement such a condition is clearly contrary to public policy. It seems to me very liable to encourage a father to neglect his duties towards his children in such a case as has arisen here...It seems to me that the whole

---

<sup>86</sup>[1912] 2 Ch 471.

<sup>87</sup>[1912] 2 Ch 471 476. Sien ook *Re Piper, Dodd v Piper* [1946] 2 All ER 503 ten opsigte van 'n "condition precedent".

<sup>88</sup>[1922] 1 Ch 75.

<sup>89</sup>[1922] 1 Ch 75 83.

tendency of this provision is one which...might have a very prejudicial effect indeed on the position of the infants and upon the judgement that has to be exercised by their parents for their benefit."

In *Re Tegg, Public Trustee v Bryant* het die testateur sekere trustvoordele aan sy dogter en haar kinders bemaak onderhewig aan die verbeuringsbepaling dat "at no time may any child of hers (sy dogter) go to or be sent to any Roman Catholic school for education".<sup>90</sup> Regter Farwell beslis soos volg:<sup>91</sup>

"[I]t appears to me that, to attempt to put this sort of restraint upon the duty which falls upon a parent of making the best possible arrangement and provision for the education of her children, by seeking to deprive her of a personal benefit if she carries out what she conceives to be her duty by doing a particular thing, is no such condition as this court ought to enforce. When one has to put it into legal language, it must be said to be void as being contrary to public policy."

Bogenoemde drie uitsprake dui op 'n bereidwilligheid in die Engelse reg om verbeuringsbepalings soos die onderhawige as strydig met openbare beleid aan te merk. Dit is egter interessant om te let dat die betrokke bepalinge in elk van bogenoemde gevalle nie in die eerste plek op die verhouding tussen ouer(s) en kind(ers) gemik was nie. In sowel die *Sandbrook*- as (veral) die *Boulter*-uitsprake het dit eerder om die plek van verblyf gegaan, terwyl die plek van godsdienstige opvoeding in die *Tegg*-saak die hoofoorweging was. Die gevolg of resultaat van die bepalinge het egter die verhouding tussen ouer(s) en kind(ers) op verskillende wyses in gedrang gebring. Juis hierdie gevolg of resultaat is na die mening van die onderskeie houe nie met openbare beleid te versoen nie.

Tempering van bogenoemde benadering vind egter plaas in *Blathwayt v Lord Cawley* waar

---

<sup>90</sup>[1936] 2 All ER 878.

<sup>91</sup>[1936] 2 All ER 878 882.



spesifiek die godsdienstige opvoeding van kinders die tersaaklike kwessie was.<sup>92</sup> Lord Wilberforce beslis soos volg:<sup>93</sup>

"To say that any condition which in any way might affect or influence the way in which a child is brought up, or in which parental duties are exercised [is contrary to public policy], seems to me to state far too wide a rule. And even if the rule were confined to religious upbringing, I am unpersuaded that...public policy requires that testators may not prefer one branch of the family to another on religious grounds."

Lord Fraser steun hierdie benadering met verwysing na 'n praktiese voorbeeld:<sup>94</sup>

"If a parent has strong convictions he may well regard the religious upbringing of his child as of overriding importance not to be set against purely material considerations; if, on the other hand, his religious convictions are weak or non-existent, he can weigh a testamentary benefit with a religious condition attached as one among the many factors affecting the welfare of his child. In neither case does the existence of the religious condition seem to me to offend against public policy merely because it might affect the parent's action."

Ook ten opsigte van verbeuringsbepalings waardeur gepoog word om die verhouding tussen ouer(s) en kind(ers) te beheer, bestaan daar in die onderhawige verband derhalwe nie in die Engelse reg eensgesindheid nie. Dit wil voorkom asof die gevolg of resultaat van die betrokke bepaling die deurslaggewende oorweging is wanneer hierdie bepalinge aan openbare beleidsoorwegings gemeet word. In die *Sandbrook*- en *Boulter*-uitsprake sou afdwinging van die betrokke voorwaardes naamlik skeiding tussen ouer(s) en kind(ers) tot gevolg hê - 'n resultaat wat inderdaad met openbare beleid bots. In die *Tegg*- en *Blathwayt*-sake was die gevolg bloot dat die betrokke ouer(s) se keuse van of beheer oor hul kind(ers) se opvoeding

---

<sup>92</sup>[1975] 3 All ER 625.

<sup>93</sup>[1975] 3 All ER 625 637. Sien ook die siening van Lord Cross op 644.

<sup>94</sup>[1975] 3 All ER 625 650.

geraak is - 'n resultaat wat na die mening van die hof in die *Blathwayt*-uitspraak nie noodwendig in stryd met openbare beleid is nie.

#### 6 2 2 2 3 2 Bepalings met 'n liefdadigheidsdoelmerk

Die Engelse reg veroorloof bepalinge met 'n liefdadigheidsdoelmerk (dikwels in die vorm van liefdadigheidstruiste) om bevoordeling binne groepsverband te beperk.<sup>95</sup> Hierdie benadering word ondersteun deur die tradisionele Engelsregtelike klassifikasie van liefdadigheidstruiste in *Commissioner for Special Purposes of Income Tax v Pemsel*.<sup>96</sup> Lord MacNaghten beslis in hierdie uitspraak dat liefdadigheidstruiste in die Engelse reg onder vier hoofde ingedeel kan word, naamlik truiste ter verligting van armoede, truiste ter bevordering van onderrig en opvoeding, truiste ter bevordering van godsdiens en truiste in gemeenskapsbelang wat nie onder die voorafgaande drie hoofde ingesluit is nie.<sup>97</sup> Die Engelse reg veroorloof derhalwe testateurs om beheer oor die benutting van bates uit te oefen deur middel van byvoorbeeld liefdadigheidstruiste ingevolge waarvan bevoordeling op grond van onder andere rasse-, nasionaliteits- of geloofsoorwegings beperk word indien sodanige bevoordeling binne die omvang van hierdie vierledige verdeling tuisgebring kan word.<sup>98</sup>

Hierdie situasie word verder in die hand gewerk deur die feit dat sowel die *Race Relations Act* van 1976 (wat op onder andere die bekamping van diskriminasie op grond van ras of kleur gemik is) as die *Sex Discrimination Act* van 1975 (wat op onder andere die bekamping van diskriminasie op grond van geslag gemik is) besondere vergunnings ten opsigte van liefdadigheidsorganisasies bevat.

Artikel 34 van die *Race Relations Act* bepaal enersyds dat diskriminasie nie wederegterlik sal wees nie indien sodanige diskriminasie nodig is ten einde uitvoering te gee aan die bepalinge

---

<sup>95</sup>Oakley *The Modern Law of Trusts* 379.

<sup>96</sup>[1891] AC 531.

<sup>97</sup>[1891] AC 531 583.

<sup>98</sup>Pettit *Equity and the Law of Trusts* 309.



van 'n instrument ingevolge waarvan 'n liefdadigheidsorganisasie werking geniet en ingevolge waarvan voordele aan persone van 'n bepaalde rassegroep toegeken word.<sup>99</sup> Dié artikel is egter nie van toepassing op bepalings wat voordele beperk aan die hand van oorwegings wat met ras of kleur verband hou nie. In hierdie lig doen Oakley aan die hand dat 'n liefdadigheidstrust regmatiglik vir byvoorbeeld die onderrig en opvoeding van slegs Pakistani's of Spanjaarde opgerig kan word maar dat 'n liefdadigheidstrust wat Pakistani's of Spanjaarde uitdruklik van die voordele van sodanige trust uitsluit, in stryd met die onderhawige Wet is.<sup>100</sup> Artikel 34 bepaal egter wel dat, in geval van 'n bepaling wat 'n groep of klas begunstigdes met verwysing na kleur in die besonder omskryf, sodanige verwysing na kleur nietig is en deur die trustees van die betrokke liefdadigheidsorganisasie geïgnoreer moet word. Moffat en Chesterman verskaf 'n voorbeeld:<sup>101</sup>

"Thus a trust to educate 'white children in Coventry' would become a trust 'to educate children in Coventry'."

Artikel 43 van die *Sex Discrimination Act* bepaal andersyds dat geen optrede wederregtelik sal wees nie indien sodanige optrede geskied in navolging van die bepalings van 'n instrument ingevolge waarvan 'n liefdadigheidsorganisasie werking geniet en ingevolge waarvan voordele aan lede van een geslag alleenlik toegeken word (die sogenaamde "single sex charity").<sup>102</sup> Hierdie vergunning onderskraag volgens Oakley nie alleen die posisie van liefdadigheidsorganisasies soos die Young Men's Christian Association, Young Women's Christian Association, Boy Scouts en Girl Guides wat op lede van een geslag alleenlik gerig is nie maar ook die posisie van soortgelyke kleiner organisasies, byvoorbeeld vir bejaarde

---

<sup>99</sup>Heroorweging van hierdie statutêre reëling is in die lig van die *Human Rights Act* van 1998 moontlik aangewese.

<sup>100</sup>*The Modern Law of Trusts* 411 n 62.

<sup>101</sup>*Trusts Law* 648. Sien ook Pettit *Equity and the Law of Trusts* 309-310; Hayton *Law of Trusts and Equitable Remedies* 480.

<sup>102</sup>Ook hierdie statutêre reëling verdien moontlik heroorweging in die lig van die *Human Rights Act* van 1998.



weduwees.<sup>103</sup>

Artikel 78 van die *Sex Discrimination Act* bevat egter wel beperkende voorskrifte ten opsigte van opvoedkundige liefdadigheidsorganisasies in die onderhawige verband. Hierdie artikel bepaal dat die trustees van enige sodanige organisasie by die betrokke minister om 'n bevel aansoek kan doen ter verwydering of wysiging van enige beperking met betrekking tot geslag wat ten opsigte van bevoordeling deur 'n betrokke organisasie geld, sodat genoemde voordele aan lede van beide geslagte toegeken kan word. Die minister kan die gepaste bevel gee indien hy van mening is dat dit opvoeding en onderrig sonder diskriminasie op grond van geslag sal bevorder. Indien die betrokke organisasie egter deur skenking of testamentêre beskikking ("gift or bequest") tot stand gekom het, kan geen sodanige bevel gegee word alvorens 'n tydperk van vyf-en-twintig jaar na totstandkoming van die organisasie verloop het nie, tensy die betrokke skenker of sy persoonlike verteenwoordiger of die persoonlike verteenwoordigers van die betrokke testateur skriftelik tot sodanige bevel toestem.<sup>104</sup>

Dit blyk derhalwe dat, ten spyte van die toegeeflike benadering tot bepalinge met 'n liefdadigheidsoogmerk ingevolge bogenoemde wetgewing, sekere wetgewende maatreëls inderdaad ook op die bekamping van diskriminasie op grond van ras, kleur en geslag gemik is. Hierdie maatreëls word in die Engelse reg aangevul deur verskeie ander (nie-statutêre) meganismes ten einde te ontkom aan bepalinge met 'n liefdadigheidsoogmerk wat op ras, nasionaliteit, geloof of ander omstrede oorwegings gegrond is.

Die eerste meganisme hou verband met die vereiste dat 'n liefdadigheidsorganisasie 'n element van openbare belang moet vertoon.<sup>105</sup> In *Inland Revenue Commissioners v Baddeley* formuleer Viscount Simonds 'n belangrike onderskeid ten opsigte van hierdie vereiste toe hy

---

<sup>103</sup>*The Modern Law of Trusts* 411 n 62. Sien ook Todd *Textbook on Trusts* 288; Pettit *Equity and the Law of Trusts* 310-311. Hierdie posisie is nie verander deur die *Sex Discrimination (Amendment) Bill* van 1999 wat enkele wysigings aan die *Sex Discrimination Act* aanbring nie.

<sup>104</sup>Pettit *Equity and the Law of Trusts* 311; Hayton *Law of Trusts and Equitable Remedies* 480-481.

<sup>105</sup>Oakley *The Modern Law of Trusts* 388; Todd *Textbook on Trusts* 272.



oor die geldigheid van 'n liefdadigheidstrust moet beslis:<sup>106</sup>

"[There is a] distinction...between a form of relief extended to the whole community, yet by its very nature advantageous only to the few and a form of relief accorded to a selected few out of a larger number equally willing and able to take advantage of it."

In eersgenoemde geval kan 'n geldige liefdadigheidstrust tot stand kom terwyl dit by gebrek aan die vereiste element van openbare belang nie in laasgenoemde geval kan gebeur nie. In die lig van hierdie onderskeid beslis Viscount Simonds ten opsigte van trusts *inter vivos* vir onder andere "the promotion of the religious social and physical well-being of persons resident in the County Boroughs of West Ham and Leyton in the County of Essex...who...are...members or likely to become members of the Methodist Church" dat die trusts *in casu* nie onder een van die eerste drie hoofde van Lord MacNaghten se klassifikasie tuisgebring kan word nie en dat dit by gebrek aan die vereiste element van openbare belang ook nie onder die vierde hoof tuishoort nie. Die trusts word derhalwe nie as geldige liefdadigheidstrusts aangemerkt nie.<sup>107</sup>

'n Soortgelyke resultaat is bereik in *Davies v Perpetual Trustee Company* ten opsigte van 'n testamentêre trust vir "the Presbyterians the descendants of those settled in the Colony hailing from or born in the North of Ireland...for the purpose of establishing a college for the education and tuition of their youth".<sup>108</sup> Die hof is by monde van Lord Morton van mening dat die beoogde trustbegunstigdes as "a fluctuating body of private individuals" beskryf kan word en dat daar derhalwe geen element van openbare belang in die trustbepalings te bespeur

---

<sup>106</sup>[1955] AC 572 592.

<sup>107</sup>[1955] AC 572 592-593.

<sup>108</sup>[1959] AC 439.

is nie. Die trust word derhalwe eweneens nie as 'n geldige liefdadigheidstrust aangemerkt nie.<sup>109</sup>

Die tweede beperkende meganisme wat met die vorige verband hou, geld ten opsigte van trusts met 'n politieke oogmerk. Sodanige trusts word nie in die Engelse reg as geldige liefdadigheidstrusts gereken nie. Lord Parker formuleer die rede vir hierdie reël soos volg in *Bowman v Secular Society*:<sup>110</sup>

"A trust for the attainment of political objects has always been held invalid, not because it is illegal, for everyone is at liberty to advocate or promote by any lawful means a change in the law, but because the court has no means of judging whether the proposed change in the law will or will not be for the public benefit, and therefore cannot say that a gift to secure the change is a charitable gift."

In hierdie lig het trusts tot voordeel van die Britse Konserwatiewe Party<sup>111</sup> en Arbeiders Party<sup>112</sup> al as liefdadigheidstrusts gefaail.<sup>113</sup>

Die derde tersaaklike meganisme hou verband met die werking van die *cy præs*-leerstuk. Hierdie leerstuk bepaal, in die Engelse reg soos in die Suid-Afrikaanse reg, dat 'n hof 'n verwante trustdoel kan aandui indien die oorspronklike doel deur die oprigter van 'n

---

<sup>109</sup>[1959] AC 439 456. Sien ook *Caffoor (Trustees of the Abdul Gaffoor Trust) v Commissioner of Income Tax, Colombo* [1961] AC 584. Sien egter die uitspraak in *Verge v Somerville* [1924] AC 496 waar 'n testamentêre bemaking "for the benefit of New South Wales...soldiers" wat van die Eerste Wêreldoorlog teruggekeer het, wel 'n geldige liefdadigheidstrust daargestel het.

<sup>110</sup>[1917] AC 406 442.

<sup>111</sup>*Bonar Law Memorial Trust v Inland Revenue Commissioners* (1933) TLR 220.

<sup>112</sup>*Re Hopkinson, Lloyds Bank v Baker* [1949] 1 All ER 346.

<sup>113</sup>Sien ook in die algemeen *National Anti-Vivisection Society v Inland Revenue Commissioners* [1948] AC 31; *McGovern v Attorney-General* [1982] Ch 321. Sien Moffat en Chesterman *Trusts Law* 691-693 vir kritiek op die onderhawige reël.



liefdadigheidstrust aangedui nie bereik kan word nie omdat sodanige doel onmoontlik, onprakties of onwettig geword het, mits die doel deur die hof aangedui so na as moontlik is aan dié oorspronklik deur die oprigter aangedui.<sup>114</sup>

Engelse howe het al by geleentheid van die *cy prè*s-leerstuk gebruik gemaak ten einde te ontkom aan bepalinge met 'n liefdadigheidsoogmerk wat op ras, nasionaliteit of geloof gegrond is. In *In re Lysaght, Hill v The Royal College of Surgeons* het 'n testatrise byvoorbeeld die restant van haar boedel aan haar trustees bemaak ten einde 'n skenkingsfonds ("endowment fund") van £5000 vir die *Royal College of Surgeons* op die been te bring.<sup>115</sup> Die kollege sou self die bestuur van die fonds behartig. Die fonds moes gebruik word ten einde studente van beurse te voorsien. Die testatrise het onder andere bepaal dat enige ontvanger van 'n beurs "must be a British born subject and not of the Jewish or Roman Catholic faith".

Die *Royal College of Surgeons* het homself onwillig verklaar om 'n fonds te bestuur ten opsigte waarvan diskriminerende voorskrifte met betrekking tot geloof geld. 'n Aansoek word derhalwe gebring ten einde te bepaal of die trust wat betaling aan die kollege moet doen inderdaad 'n liefdadigheidstrust is en, indien wel, of die testatrise se trustees enersyds wel die £5000 aan die kollege moet betaal of andersyds die bedrag *cy prè*s moet aanwend.

Regter Buckley beslis eerstens dat die testament van 'n algemene liefdadigheidsoogmerk aan die kant van die testatrise getuig.<sup>116</sup> Hierdie oogmerk vind beslag in die bemaking van die skenkingsfonds wat deur die kollege bestuur moet word ten einde studiebeurse te voorsien vir doeleindes wat met mediese onderrig en navorsing verband hou. Die beperking deur die testatrise ten opsigte van geloof opgelê, vorm na die mening van die regter nie 'n wesenlike deel van haar algemene liefdadigheidsoogmerk nie.<sup>117</sup>

---

<sup>114</sup>Die aanwendingsgebied van hierdie leerstuk word tans deur die *Charities Act* van 1960 gereël.

<sup>115</sup>[1966] Ch 191.

<sup>116</sup>[1966] Ch 191 203.

<sup>117</sup>[1966] Ch 191 204-205.



Regter Buckley bespreek vervolgens die kwessie of die beperking van trustvoordele op grond van geloof as strydig met openbare beleid aangemerkt kan word. Hy is van mening dat dit nie die geval is nie.<sup>118</sup>

"I accept that racial and religious discrimination is nowadays widely regarded as deplorable in many respects...but I think that it is going much too far to say that the endowment of a charity, the beneficiaries of which are to be drawn from a particular faith or are to exclude adherents of a particular faith, is contrary to public policy."

Tog moet regter Buckley die kollege se onwilligheid aanspreek om die skenkingsfonds onderhewig aan diskriminerende bepalinge te bestuur. Hy bevind in hierdie verband dat die beperking deur die testatrix opgelê (en wat soos reeds getoon nie na die regter se mening 'n wesenlike deel van haar liefdadigheidsdoelmerk gevorm het nie) die trustdoel onprakties maak. Dit open die deur vir die toepassing van die *cy près*-leerstuk.<sup>119</sup>

"[I]nsistence on the provision for religious discrimination would defeat the paramount intention of the testatrix in the present case: indeed it would destroy the trust, for it would result in the college disclaiming the trusteeship, which would occasion the failure of the trust. Accordingly...the court can and should enable the college to carry the trust into effect without the element of religious discrimination."

Regter Buckley beslis derhalwe dat die woorde "and not of the Jewish or Roman Catholic faith" nie as deel van die trustbepalinge geles moet word nie.<sup>120</sup>

---

<sup>118</sup>[1966] Ch 191 206.

<sup>119</sup>[1966] Ch 191 209.

<sup>120</sup>'n Soortgelyke resultaat is bereik in *Re Woodhams, Lloyds Bank v London College of Music* [1981] 1 All ER 202 ten opsigte van 'n testamentêre bemaking aan die *College of Music* vir voorsiening van 'n jaarlikse studiebeurs aan "a promising boy...of British Nationality and Birth". Sien ook in die algemeen *In re Dominion Students' Hall Trust, Dominion Students' Hall Trust v Attorney-General* [1947] Ch



Dit blyk derhalwe dat Engelse howe inderdaad bereid is om in gepaste omstandighede en aan die hand van die meganismes hierbo bespreek 'n behoudende en omsigtige benadering te volg ten opsigte van bepalings met 'n liefdadigheidsmerk wat voordele aan die hand van onder andere ras, nasionaliteit of geloof beperk. Openbare beleid speel egter in hierdie verband byna geen rol nie.

### **6 2 2 2 3 3 Vaagheid of onsekerheid van bepalings op ras, nasionaliteit of geloof gegrand**

Die vraag of die geldigheid van testamentêre bepalings wat op ras, nasionaliteit of geloof gegrand is deur vaagheid of onsekerheid in gedrang kom, is in die Engelse reg veral ten opsigte van verbeuringsbepalings ter sprake. 'n "Condition subsequent" wat vaag of onseker is, word in hierdie verband in die Engelse reg geïgnoreer en die bemaking kom die begunstigde onvoorwaardelik toe.<sup>121</sup> Die Engelse reg stel testamentêre verbeuringsbepalings tradisioneel voor 'n streng toets ten einde te bepaal of duidelike betekenis aan die betrokke voorwaardes toegesê kan word. In *Clavering v Ellison* beslis Lord Cranworth:<sup>122</sup>

"[W]here a vested estate is to be defeated by a condition on a contingency that is to happen afterwards, that condition must be such that the court can see from the beginning, precisely and distinctly, upon the happening of what event it was that the preceding vested estate was to determine."

In *Clayton v Ramsden* verklaar Lord Romer:<sup>123</sup>

"[I]t behoves him [die testateur] to define with the greatest precision and in the closest language the events in which the forfeiture of the interest given to the

---

183.

<sup>121</sup>Hobbs *Halsbury's Laws of England* Vol 50 265-266.

<sup>122</sup>(1859) 7 HL Cas 707 725.

<sup>123</sup>[1943] 1 All ER 16 21. Sien ook *Bromley v Tyron* [1951] 2 All ER 1058 1064; *Fawcett Properties v Buckingham County Council* [1960] 3 All ER 503 526.

beneficiary is to take place."

Die regsposisie ten opsigte van vae of onsekere verbeuringsbepalings word, benewens die strengheid van bogenoemde toets, bemoeilik deur die onderskeid wat in die Engelse reg tussen "conceptual uncertainty" en "evidential uncertainty" getref word. Lord Denning omskryf hierdie twee begrippe in *Re Tuck's Settlement Trusts, Public Trustee v Tuck* soos volg:<sup>124</sup>

"'Conceptual uncertainty' arises when a testator or settlor makes a bequest or gift on a condition in which he has not expressed himself clearly enough. He has used words which are too vague and indistinct for a court to apply. They are not sufficiently precise. So the court discards the condition as meaningless. It makes it of no effect, at any rate when it is a condition subsequent. 'Evidential uncertainty' arises where a testator or settlor, in making the condition, has expressed himself clearly enough. The words are sufficiently precise. But the court has difficulty in applying them in any given situation because of the uncertainty of the facts. It has to resort to extrinsic evidence to discover the facts...Evidentiary uncertainty never renders the condition meaningless. The court never discards it on that account. It applies the condition as best it can on the evidence available."

Bogenoemde onderskeid het al tot heelwat botsende uitsprake gelei. In *Clayton v Ramsden* moes die hof byvoorbeeld beslis of 'n "Jewish faith and race clause" wat vir die verbeuring van voordele voorsiening maak in geval van huweliksluiting met persone "not of Jewish parentage and of the Jewish faith" vanweë vaagheid of onsekerheid as ongeldig aangemerkt moet word.<sup>125</sup> Die hof bevind eenparig dat die begrip "of Jewish parentage" onder

---

<sup>124</sup>[1978] 1 All ER 1047 1051. Die onderskeid is oorspronklik deur regter Jenkins in *Re Coxen* [1948] 2 All ER 492 501-502 verwoord.

<sup>125</sup>[1943] 1 All ER 16.



"conceptual uncertainty" gebuk gaan en dat die betrokke voorwaarde derhalwe nietig is.<sup>126</sup> Die meerderheid van die hof beslis dat die begrip "of the Jewish faith" eweneens onder "conceptual uncertainty" gebuk gaan.<sup>127</sup> In laasgenoemde verband verskil Lord Wright egter van die meerderheid. Hy beslis:<sup>128</sup>

"I do not see why "Jewish faith" should not connote a specific fact equally with "Christian faith." The latter is an all-embracing term which includes many possible varieties: Roman Catholic, Anglican, Presbetyrian, Lutheran and others...I should not be disposed to regard "Christian faith" as a phrase lacking in clearness and distinctness. I see no reason in principle why "Jewish faith" is not sufficiently clear and distinct to identify a specific set of facts to which it may be applied."

Laasgenoemde benadering word gesteun deur Lord Cross in *Blathwayt v Lord Cawley* ten opsigte van 'n verbeuringsbepaling wat vereis dat die begunstigdes nie "be or become a Roman Catholic" nie.<sup>129</sup>

"[I]t would be an affront to common sense to hold that a condition for forfeiture if the beneficiary should become a Roman Catholic is open to objection on the ground of uncertainty."

Ook Lord Wilberforce onderskei *Clayton v Ramsden* as "a particular decision on a condition expressed in a particular way about one kind of religious belief or profession" en dat dié beslissing nie 'n algemene beginsel verwoord ten opsigte van ongeldigheid op grond van

---

<sup>126</sup>Sien byvoorbeeld die uitsprake van Lord Atkin op 19 en Lord Romer op 22-23. Soortgelyke beslissings ten opsigte van "Jewish faith and race clauses" het gevolg in *Re Donn, Donn v Moses* [1943] 2 All ER 564; *Re Moss's Trust, Moss v Allen* [1945] 1 All ER 207 en *Re Krawitz's Will Trusts, Krawitz v Crawford* [1959] 3 All ER 793.

<sup>127</sup>Sien eweneens die uitsprake van Lord Atkin op 19 en Lord Romer op 23.

<sup>128</sup>[1943] 1 All ER 16 20.

<sup>129</sup>[1975] 3 All ER 625 639.



vaagheid of onsekerheid van alle verbeuringsbepalings wat op rasse- of geloofsoorwegings gegrond is nie.<sup>130</sup> Lord Wilberforce beskryf derhalwe die taak van die hof tot interpretasie van bepalinge soos die onderhawige as "to judge the degree of certainty with some measure of common sense and knowledge without excessive astuteness to discover ambiguities".<sup>131</sup> Met hierdie benadering in gedagte verbaas dit nie dat bemakings wat verband hou met lidmaatskap van die *Church of England*,<sup>132</sup> die Protestantse geloof<sup>133</sup> en die Lutherse geloof<sup>134</sup> al in die Engelse reg as voldoende seker en derhalwe geldig bevind is nie.

Ten opsigte van die geldigheid van spesifiek "Jewish faith and race clauses" in die onderhawige verband bestaan egter steeds twyfel. In *Re Tuck's Settlement Trusts, Public Trustee v Tuck* is trustinkomste byvoorbeeld aan 'n seun bemaak "if...and so long as he shall be of the Jewish faith and shall be married to an approved wife".<sup>135</sup> Die hof hanteer hierdie bepaling oorwegend as 'n "condition precedent". Lord Russell bevind dat die bepaling geldig is en verklaar insgelyks sy onwilligheid "to destroy a settlement...on the supposition that adherence to the Jewish faith is an unintelligible concept, any more than references to Christianity however diverse have become attitudes to the latter".<sup>136</sup> Lord Denning steun hierdie benadering en is voorts van mening dat die trustinstrument voldoende duidelike aanduidings bevat, byvoorbeeld riglyne ten opsigte van wie as 'n "approved wife" sal kwalifiseer, ten einde enige besware aan te spreek wat moontlik steeds teen die

---

<sup>130</sup>[1975] 3 All ER 625 636. Sien ook ten opsigte van "conditions precedent" *Re Selby's Will Trusts, Donn v Selby* [1965] 3 All ER 386; *Re Abrahams' Will Trusts, Caplan v Abrahams* [1967] 2 All ER 1175.

<sup>131</sup>[1975] 3 All ER 625 635.

<sup>132</sup>*Clavering v Ellison* (1859) 7 HL Cas 707; *Re Allen, Faith v Allen* [1953] 2 All ER 898 ('n "condition precedent"); *Re Mills' Will Trusts, Yorkshire Insurance Company v Coward* [1967] 2 All ER 193. Sien egter *Re Tegg, Public Trustee v Bryant* [1936] 2 All ER 878.

<sup>133</sup>*Carteret v Carteret* (1723) 2 P Wms 132; *Re Knox* (1889) 23 LR Ir 542.

<sup>134</sup>*Patton v Toronto General Trusts Corporation* [1930] AC 629.

<sup>135</sup>[1978] 1 All ER 1047.

<sup>136</sup>[1978] 1 All ER 1047 1056.



uitvoerbaarheid van die bepaling geopper kan word.<sup>137</sup>

In *Re Tepper's Will Trusts, Kramer v Ruda* vereis 'n verbeuringsbepaling van begunstigdes "that they shall remain within the Jewish faith and shall not marry outside the Jewish faith".<sup>138</sup> Regter Scott onderskei enersyds die *Re Tuck*-uitspraak aangesien "[t]he conditions in *Re Tuck* were as sui generis as conditions ever could be" en verklaar andersyds sy gebondenheid aan die beginsels in *Clayton v Ramsden* neergelê.<sup>139</sup> In navolging van laasgenoemde uitspraak word die verbeuringsbepaling *in casu* derhalwe as vaag en onseker aangemerkt. Tog kwalifiseer regter Cross hierdie gevolgtrekking.<sup>140</sup>

"I do not accept that the conclusion of uncertainty is an inevitable one...It would, in my view, be well arguable that when a testator in his will referred to "the Jewish faith" he meant the Jewish faith in accordance with which he practised his religion. If evidence of that character were adduced it might well, in my view, be possible to attribute to the expression "the Jewish faith" a meaning sufficiently certain to enable the *Clayton v Ramsden* test to be satisfied."

Dit blyk derhalwe enersyds dat Engelse howe in onlangse beslissings bereid is om 'n meer toegeeflike houding ten opsigte van die (potensiële) vaagheid van "Jewish faith and race clauses" in te neem maar dat die Engelsregtelike benadering tot hierdie aangeleentheid opsigself andersyds nog glad nie seker is nie.

---

<sup>137</sup>[1978] 1 All ER 1047 1054.

<sup>138</sup>[1987] 1 All ER 970.

<sup>139</sup>[1987] 1 All ER 970 980.

<sup>140</sup>[1987] 1 All ER 970 983.

## 6 3 DIE AUSTRALIESE REG

### 6 3 1 Historiese oorsig en die benadering tot testeervryheid in die Australiese reg

Verkenning van die oostelike kusstreek van moderne Australië deur die aanvoerder van die Britse Eerste Vloot, James Cook, in 1770 is gevolg deur die vestiging van 'n Britse nedersetting in Nieu-Suid-Wallis op 26 Januarie 1788 onder leiding van Goewerneur Arthur Phillip.<sup>141</sup> Voortgesette kolonisering van die Australiese binneland het daartoe gelei dat Van Diemen's Land (later tot Tasmanië herdoop), Victoria en Queensland in onderskeidelik 1825, 1851 en 1859 van Nieu-Suid-Wallis afgestig het. Vestiging van Wes- en Suid-Australië as kolonies het ingevolge wetgewing in onderskeidelik 1829 en 1836 plaasgevind.<sup>142</sup> Bestaande Britse wetgewing en gemene reg het sonder meer werking ten opsigte van die nuutgevonde kolonies geniet en die Britse parlement kon ook nuwe wetgewing ten opsigte van dié kolonies uitvaardig.<sup>143</sup>

'n Beweging gerugsteun deur oorwegings wat met handel en verdediging verband gehou het, het teen die 1890's ten gunste van 'n federale Gemenebes van Australië stukrag gekry.<sup>144</sup> Na 'n aantal konvensies en referenda is die *Commonwealth of Australia Constitution Act* van 1900 deur die Britse parlement aanvaar. Die Gemenebes van Australië het diensengevolge op 1 Januarie 1901 tot stand gekom. Die Britse parlement het egter steeds wetgewende gesag

---

<sup>141</sup>Blackshield *et al Australian Constitutional Law and Theory* 125; Booker *et al Federal Constitutional Law* 9; Enright *Constitutional Law* 32-33; Carvan *Understanding the Australian Legal System* 25.

<sup>142</sup>Blackshield *et al Australian Constitutional Law and Theory* 131; Enright *Constitutional Law* 35; Carvan *Understanding the Australian Legal System* 30-31.

<sup>143</sup>Blackshield *et al Australian Constitutional Law and Theory* 131-132; Carvan *Understanding the Australian Legal System* 27-28.

<sup>144</sup>Blackshield *et al Australian Constitutional Law and Theory* 152; Booker *et al Federal Constitutional Law* 18-22.



ten opsigte van Australië behou.<sup>145</sup> Groter onafhanklikheid is bewerkstellig deur die *Statute of Westminster* van 1931 waardeur die Britse parlement van wetgewende bevoegdheid in die voormalige kolonies afstand gedoen het. Sekere resterende wetgewende magte van die Britse parlement het egter steeds behoue gebly. Hierdie magte is beëindig deur die *Australia Act* van 1986 wat volle Australiese wetgewende onafhanklikheid van Brittanje bewerkstellig het.<sup>146</sup>

Soos hierbo getoon, het resepsie van Engelse reg geredelik in die nuutgevonde Australiese kolonies plaasgevind en Engelse reg fundeer dientengevolge die Australiese gemene reg.<sup>147</sup> In *Mabo v State of Queensland (No 2)* merk regter Brennan byvoorbeeld op:<sup>148</sup>

"Australian law is not only the historical successor of, but is an organic development from, the law of England."<sup>149</sup>

Castles verduidelik die redes vir resepsie van spesifiek Engelse gemene reg in Australië soos volg:<sup>150</sup>

"In Australia...it was accepted that the *general* principles of unenacted law did

---

<sup>145</sup>Blackshield *et al Australian Constitutional Law and Theory* 156; Enright *Constitutional Law* 41; Carvan *Understanding the Australian Legal System* 29.

<sup>146</sup>Blackshield *et al Australian Constitutional Law and Theory* 166; Booker *et al Federal Constitutional Law* 24-26; Carvan *Understanding the Australian Legal System* 30.

<sup>147</sup>Enright *Constitutional Law* 38; Carvan *Understanding the Australian Legal System* 9.

<sup>148</sup>(1992) 175 CLR 1 18.

<sup>149</sup>Die *Australian Courts Act* van 1828 het byvoorbeeld "all Laws and Statutes in force within the Realm of England at the Time of the passing of this Act" ten opsigte van regsadministrasie in Nieu-Suid-Wallis, Van Diemen's Land, Victoria en Queensland van toepassing gemaak. Suid- en Wes-Australië het resepsie van Engelse reg vanaf vestiging aanvaar. Sien Blackshield *et al Australian Constitutional Law and Theory* 131.

<sup>150</sup>1963 *ALR* 5.

apply in each of the Australian States. [A]ttempts to make unenacted law yield to special conditions in the Australian colonies [did not] meet with judicial encouragement. The maintenance of uniformity between English and Australian decisions on common law questions was aided, too, by the fact that final appeals could be taken from all Australian States to the Privy Council. In addition, Australian courts themselves have always placed great weight on the precedent making authority of decisions of the higher English courts."

In die lig van bogenoemde oorwegings is die Engelse erfreg (sowel statutêre as gemeenregtelike reëls) grotendeels in Australië oorgeneem. Atherton en Vines verklaar derhalwe:<sup>151</sup>

"Since inheritance is an area of law which is regulated by the States rather than the Commonwealth, it is clear that English law continued to be able to influence the jurisdictions well into the twentieth century. Most of this influence appeared in the form of common legislation and a view that the English cases were the most persuasive precedents for Australian courts to follow."

Testeervryheid is as die hoeksteen van die Engelse testate erfreg as gemeenregtelike beginsel in die Australiese erfreg oorgeneem. Hardingham *et al* verklaar derhalwe:<sup>152</sup>

"The laws of the various Australian States and Territories..., like the law of England, confer on a mature citizen the liberty to make an effective declaration as to what is to be done after his death in relation to the inheritable property which he owns immediately before his death."

Private eiendomsreg vorm in hierdie verband een van die grondbeginsels van die Australiese

---

<sup>151</sup> *Australian Succession Law* 47.

<sup>152</sup> *Wills and Intestacy* 1.



sakereg. Soos in die Engelse reg<sup>153</sup> word private erfopvolging en testeervryheid in die Australiese reg geredelik op die erkenning van private eiendomsreg en die gevolglike beskikkingsbevoegdheid van 'n eienaar fundeer. Atherton en Vines merk derhalwe in hul bespreking van die verhouding tussen private eiendomsreg en private erfopvolging in die Australiese reg op:<sup>154</sup>

"Succession law is about the transmission of property on death...It is possible to view the ability to pass on property at the time of one's death as a right which is inherent in the nature of the ownership of property."

Testeervryheid staan voorts in verband met en word onderskraag deur verskeie ander elemente van die Australiese testate erfreg. So is testeerbevoegdheid aan die kant van testateurs 'n vereiste vir die geldige verlyding van testamente.<sup>155</sup> Die testeerhandeling moet voorts vry en onbelemmerd plaasvind, met die afwesigheid van bedrog, onbehoorlike beïnvloeding en dwaling as belangrike oorweging.<sup>156</sup> Die delegasie van testeerbevoegdheid word, behoudens sekere uitsonderings, nie toegelaat nie.<sup>157</sup> Streng formaliteite geld in elk van die Australiese state vir die verlyding en wysiging van testamente, hoofsaaklik ten einde die egtheid van sodanige testamente en/of wysigings te verseker.<sup>158</sup> Die Australiese reg is soos die Suid-Afrikaanse reg bekend met die bevoegdheid om in gepaste omstandighede met formaliteite weg te doen en 'n testament selfs by gebrek aan die nakoming van formaliteite met regsrag

---

<sup>153</sup>Sien 6 2 1 vir die Engelsregtelike posisie.

<sup>154</sup>*Australian Succession Law* 17-18.

<sup>155</sup>Atherton en Vines *Australian Succession Law* 273-275; Hardingham *et al Wills and Intestacy* 53.

<sup>156</sup>Atherton en Vines *Australian Succession Law* 293; 302-303; Hardingham *et al Wills and Intestacy* 44.

<sup>157</sup>Atherton en Vines *Australian Succession Law* 175-177; Hardingham *et al Wills and Intestacy* 103.

<sup>158</sup>Atherton en Vines *Australian Succession Law* 322-340; 452-457; Hardingham *et al Wills and Intestacy* 23.

te beklee.<sup>159</sup> Die veranderlikheid en herroeplikheid van testamente ooreenkomstig die wense van testateurs word voorts erken.<sup>160</sup> Die reëls van interpretasie van testamente is ten slotte gerig op die vasstelling van die bedoeling van testateurs soos dit uit hul testamente blyk.<sup>161</sup> Die Australiese reg verleen egter soos die Engelse reg wel naas die *donatio mortis causa* erkenning aan 'n kontrak waarin 'n testateur onderneem om 'n sekere bemaking in sy testament in te sluit, of waarin 'n testateur onderneem om nie 'n bestaande testament te herroep of te wysig nie.<sup>162</sup>

### 6 3 2 Die beperking van testeervryheid in die Australiese reg

In hierdie gedeelte word die beperking van testeervryheid in die Australiese reg ondersoek. Soos in die beskouing van die Engelse reg word twee tersaaklike beperkings ter inleiding oorsigtelik ondersoek ten einde die rol van sosiale en ekonomiese oorwegings ter beperking van testeervryheid in die Australiese reg te illustreer. In hierdie verband word enersyds op die regsposisie ten opsigte van die vermoënsregtelike beskerming van afhanklikes (die sogenaamde "family provision" of "testator's family maintenance") gelet. Die "rule against perpetuities" word andersyds beskou. Vervolgens word die benadering in die Australiese reg tot wederregtelike testamentêre bepalings en testamentêre bepalings wat met openbare beleid bots, ondersoek.

---

<sup>159</sup> Atherton en Vines *Australian Succession Law* 379; Hardingham *et al Wills and Intestacy* 24. Sien 4 2 2 4 vir die posisie in die Suid-Afrikaanse reg.

<sup>160</sup> Atherton en Vines *Australian Succession Law* 417-418; Hardingham *et al Wills and Intestacy* 120.

<sup>161</sup> Atherton en Vines *Australian Succession Law* 503; Hardingham *et al Wills and Intestacy* 254.

<sup>162</sup> Atherton en Vines *Australian Succession Law* 159-160; Hardingham *et al Wills and Intestacy* 303. Sien 6 2 1 vir die Engelsregtelike posisie.



**6 3 2 1      *Die beperking van testeervryheid op grond van sosiale en ekonomiese oorwegings - 'n oorsig oor twee tersaaklike beperkings op testeervryheid in die Australiese reg***

**6 3 2 1 1      Die Australiese "family provision" of "testator's family maintenance"**

Die onderskeie Australiese state beskik elk oor wetgewing wat aan die aanspraak van afhanklikes op onderhoud uit die boedel van 'n oorledene beslag gee. Die Australiese reg maak soos die Engelse reg in hierdie verband van 'n diskresionêre statutêre toekenning eerder as 'n voorgeskrewe porsie gebruik.<sup>163</sup> Alhoewel die tersaaklike wette van die onderkeie state geringe onderlinge verskille toon, bly die basiese interpretasie van dié wette deurgaans dieselfde.<sup>164</sup> Die moontlike aanpraakmakers (applikante ingevolge die onderskeie wette) sluit nie alleen die eggenoot en die kind(ers) van die oorledene in nie maar ook onder andere die voormalige eggenoot en broers en/of susters van die oorledene.<sup>165</sup>

Die beperking van testeervryheid aan die hand van bogenoemde wetgewing word op veral sosiale maar ook ekonomiese oorwegings fundeer. Dit verleen naamlik erkenning aan die belangrikheid van die gesin (familie) as sosiale eenheid en die vermoënsregtelike beskermingswaardigheid van hierdie eenheid na die dood van een van die lede daarvan.<sup>166</sup> Soos in die Engelse reg word die omvang van die familiebegrip vir doeleindes van die

---

<sup>163</sup>Hierdie benadering geskied soos in die Engelse reg in navolging van soortgelyke maatreëls in die Nieu-Seelandse *Testator's Family Maintenance Act* van 1900 verval. Sien 6 2 2 1 1 vir die Engelsregtelike posisie.

<sup>164</sup>Atherton en Vines *Australian Succession Law* 666.

<sup>165</sup>Sien Atherton en Vines *Australian Succession Law* 656-735 vir 'n volledige bespreking van relevante aangeleenthede ten opsigte van die onderskeie wette.

<sup>166</sup>Atherton en Vines *Australian Succession Law* 107; Hardingham *et al Wills and Intestacy* 452. Dit is interessant om te let dat die onderhawige onderhoudsaanspraak nie in die Australiese reg meer slegs fundeer word op 'n morele plig om afhanklikes van onderhoud te voorsien nie - sosiale, filosofiese, politieke en ekonomiese oorwegings regverdig in onderlinge samehang die Australiese "family provision". Sien Atherton en Vines *Australian Succession Law* 668-674.



onderhawige vermoënsregtelike beskerming in die Australiese reg buite tradisionele grense uitgebrei. Die sosiale oorwegings waarop die Australiese "family provision" berus, vereis eweneens dat hierdie vermoënsregtelike beskerming (en die dienooreenkomstige beperking van testeervryheid) na gelang van eietydse omstandighede uitgebrei word na persone wat nie voorheen as gesins- of familielede daarop aanspraak kon maak nie.<sup>167</sup>

### 6 3 2 1 2 Die "rule against perpetuities" in die Australiese reg

Die Engelsregtelike "rule against perpetuities" is as sodanig as gemeenregtelike reël in die Australiese reg oorgeneem en in die onderskeie Australiese state by wyse van wetgewing bevestig.<sup>168</sup> Die Australiese reg vind soos die Engelse reg regverdiging vir die "rule against perpetuities" in hoofsaaklik ekonomiese oorwegings. Dit verhoed naamlik gebondenheid van boedelbates oor lang tydperke en verseker sodoende die nuttige ekonomiese gebruik van sodanige bates deur regsopvolgers.<sup>169</sup>

### 6 3 2 2 *Die benadering in die Australiese reg tot wederregtelike testamentêre bepalinge en testamentêre bepalinge wat met openbare beleid bots*

Die onderhawige onderwerp word in navolging van die beskouing van die Engelse reg deur 'n grondwetlike perspektief op die beperking van testeervryheid in die Australiese reg ingelei.<sup>170</sup> Die onderwerp word daarna eweneens op tweeledige wyse bespreek. Enersyds word die benadering in die Australiese reg tot testamentêre voorwaardes wat wederregtelik of met openbare beleid strydig is kortliks in oënskou geneem. Andersyds word 'n breër perspektief ten opsigte van die rol van openbare beleid in die beoordeling van testamentêre bepalinge verkry aan die hand van 'n ontleding van die benadering in die Australiese reg tot voorskriftelike bepalinge waardeur gepoog word om die gedrag van begunstigdes en/of die

<sup>167</sup> Atherton en Vines *Australian Succession Law* 107-108.

<sup>168</sup> Atherton en Vines *Australian Succession Law* 637. Sien 6 2 2 1 2 vir die Engelsregtelike posisie.

<sup>169</sup> Atherton en Vines *Australian Succession Law* 637.

<sup>170</sup> Sien 6 2 2 2 vir die Engelsregtelike posisie.



benutting van bates te beheer. Die Australiese reg word in hierdie verband op soortgelyke wyse as die Suid-Afrikaanse en Engelse reg hoofsaaklik gekenmerk deur oorwegings wat met ras, nasionaliteit of geloof verband hou. Tog geniet ander oorwegings ook in die Australiese reg aandag en enkele voorbeelde uit regspraak word in hierdie verband beskou. Die kwessie ten opsigte van die vaagheid of onsekerheid van bepalinge wat met ras, nasionaliteit of geloof verband hou, word eweneens bespreek.

### 6 3 2 2 1    'n Grondwetlike perspektief op die beperking van testeervryheid in die Australiese reg

Die *Commonwealth of Australia Constitution Act* bevat nie 'n Handves van Regte nie. Tog waarborg dié Wet wel sekere uitdruklike en geïmpliseerde fundamentele regte<sup>171</sup> en onskendbaarhede ("immunities") waaronder die reg om te stem,<sup>172</sup> die reg op 'n verhoor deur 'n jurie<sup>173</sup> en die reg op vryheid van godsdiens.<sup>174</sup> Hierdie regte en onskendbaarhede geniet egter nie horisontale werking nie en kom dientengevolge nie ten opsigte van 'n geding van private aard tussen individue binne die arena van die gemene reg ter sprake nie. Booker *et al* verklaar byvoorbeeld:<sup>175</sup>

"In our legal tradition constitutional rights are thought of primarily as negative rights against government interference. They operate as a denial or restriction upon legislative power... The Commonwealth Constitution is concerned for the most part with establishing the institutions of government and with defining their powers. There is little direct reference in all this to [individual] rights and freedoms."

---

<sup>171</sup>In die Australiese reg word die begrip "fundamentele regte" eerder as "grondwetlike regte" geredelik gebruik.

<sup>172</sup>Artikel 41 van die Wet.

<sup>173</sup>Artikel 80 van die Wet.

<sup>174</sup>Artikel 116 van die Wet.

<sup>175</sup>*Federal Constitutional Law* 223-224. Sien ook Blackshield *et al Australian Constitutional Law and Theory* 702.

Sowel Gemenebes wetgewing wat teen die bekamping van diskriminasie gemik is<sup>176</sup> as soortgelyke wetgewing in die onderskeie Australiese state is eweneens nie op gedinge van private aard binne die arena van die gemene reg van toepassing nie. Gaze en Jones verklaar in hierdie verband:<sup>177</sup>

"The general area in which anti-discrimination legislation operates can be characterised as the public sphere: employment, education, provision of goods and services, and accommodation. The legislation leaves discrimination in the private realm untouched. Underlying the legislation is the public/private distinction, which embodies assumptions about appropriate roles for government and individuals."

Die Australiese reg hanteer derhalwe die kwessie ten opsigte van omstrede testamentêre bepalings in navolging van die Engelse reg eerder aan die hand van openbare beleidsoorwegings. Die betekenis van "openbare beleid" in die Australiese reg, ook in die onderhawige verband, word soos volg deur Atherton en Vines verduidelik:<sup>178</sup>

"[P]ublic policy...suggests some overriding qualification of legal rules in the public interest: that at some point the individual's freedom of action is checked in the interest of some higher good. Public policy...is...an explanation of a group of rules and principles which overrides the freedom of testamentary disposition and the freedom of inheritance."

---

<sup>176</sup>Byvoorbeeld die *Racial Discrimination Act* van 1975, die *Sex Discrimination Act* van 1984 en die *Disability Discrimination Act* van 1992.

<sup>177</sup>*Law, Liberty and Australian Democracy* 423. Sien ook Wallace en Pagone *Rights and Freedoms in Australia* 27; Bailey *Human Rights* 154 en in die algemeen Mortensen 1994 *UQLJ* 208; Toohey 1998 *UWAL Rev* 129.

<sup>178</sup>*Australian Succession Law* 603.



### 6 3 2 2 2 Wederregtelike testamentêre voorwaardes en testamentêre voorwaardes wat met openbare beleid bots

Die Australiese reg veroorloof testateurs om voorwaardelike bemakings in hul testamente in te sluit.<sup>179</sup> In hierdie verband word soos in die Engelse reg tussen "conditions precedent" en "conditions subsequent" onderskei.<sup>180</sup> Ten einde geldig te wees, moet genoemde voorwaardes nie met openbare beleid bots nie.<sup>181</sup> 'n Ongeldige "condition subsequent" (die voorwaarde relevant tot die bespreking wat volg) bring mee dat die begunstigde die bemaking onvoorwaardelik ontvang.<sup>182</sup>

Die Australiese howe het by geleentheid onder andere die volgende gevalle as strydig met openbare beleid aangemerkt:

- (a) 'n Voorwaarde wat 'n begunstigde aanmoedig om 'n misdaad te pleeg of hom skuldig te maak aan enige daad wat deur die reg verbied word.<sup>183</sup>
- (b) 'n Voorwaarde wat die jurisdiksie van die hof uitsluit of 'n begunstigde verhoed om hom tot die hof te wend in 'n geskil omtrent die betrokke testament.<sup>184</sup>
- (c) 'n Voorwaarde wat skeiding tussen man en vrou beoog.<sup>185</sup>

---

<sup>179</sup>Atherton en Vines *Australian Succession Law* 595.

<sup>180</sup>Atherton en Vines *Australian Succession Law* 595-596.

<sup>181</sup>Atherton en Vines *Australian Succession Law* 596.

<sup>182</sup>Atherton en Vines *Australian Succession Law* 596.

<sup>183</sup>*Wallace v Wallace* (1898) 24 VLR 859 881-882; *Re Ellis, Perpetual Trustee v Ellis* (1929) 29 SR (NSW) 470 479.

<sup>184</sup>*Permanent Trustee v Dougall* (1931) 34 SR (NSW) 83; *Re Chester* (1978) 19 SASR 247 261.

<sup>185</sup>*Re Thomson* [1966] SASR 278 284.

- (d) 'n Voorwaarde wat 'n ouer verhoed om sy ouerlike pligte ten opsigte van sy kind te vervul.<sup>186</sup>
- (e) 'n Voorwaarde wat 'n verbod op huweliksluiting plaas.<sup>187</sup>

Die gevalle wat hierbo as voorbeelde van ongeldige voorwaardes bespreek is, is aanduidend van die rol wat openbare beleid in die Australiese reg ter beperking van testeervryheid speel. Ten spyte van die feit dat sodanige voorwaardes die wense van 'n testateur verwoord, word dit in die geval van 'n "condition subsequent" bloot geïgnoreer indien die uitvoering daarvan nie aan die hand van openbare beleid regverdig kan word nie.

#### 6 3 2 2 3 Die beperking van testeervryheid ten opsigte van voorskriftelike testamentêre bepalinge waardeur gepoog word om die gedrag van begunstigdes en/of die benutting van bates te beheer

Die wyse waarop die Australiese reg openbare beleid aanwend ten einde met testamentêre bepalinge te handel wat (potensieel) wederregtelik of met openbare beleid strydig is, word deur soortgelyke omstredenheid as in die Suid-Afrikaanse en Engelse reg gekenmerk. Hierdie omstredenheid is soos in laasgenoemde twee regstelsels veral te bespeur in die benadering tot testamentêre bepalinge op ras, nasionaliteit of geloof gegrond waardeur gepoog word om die gedrag van begunstigdes en/of benutting van bates te beheer.<sup>188</sup> Enersyds bestaan gesag in die Australiese reg dat testamentêre bevoordeling op grond van ras, nasionaliteit of geloof kan geskied sonder om openbare beleid in gedrang te bring. Andersyds word hierdie benadering om verskeie redes in die Australiese reg bevraagteken.

Ten einde hierdie aangeleentheid na behore toe te lig, word in aansluiting by die beskouing

<sup>186</sup>*Re Ellis, Perpetual Trustee v Ellis* (1929) 29 SR (NSW) 470.

<sup>187</sup>*Carrodus v Carrodus* [1913] VLR 1 6; *Re Hartman* [1960] Tas SR 16; *Re Thomson* [1966] SASR 278 284.

<sup>188</sup>Sien 4 3 3 vir die posisie in die Suid-Afrikaanse reg en 6 2 2 2 3 vir die Engelse regtelike posisie.



van die Engelse reg op die volgende drie aspekte gelet:

- (a) testamentêre verbeuringsbepalings - enersyds dié wat op ras, nasionaliteit of geloof gegrond is maar andersyds ook dié wat die verhouding tussen ouer(s) en kind(ers) in gedrang bring;
- (b) bepalinge met 'n liefdadigheidsoogmerk - in besonder die liefdadigheidstrust - in-gevolge waarvan voordele tot lede van 'n bepaalde ras, nasionaliteit of geloof beperk word; en
- (c) die verbandhoudende vraag of die geldigheid van testamentêre bepalinge wat op ras, nasionaliteit of geloof berus in die Australiese reg op grond van vaagheid of onsekerheid in gedrang kom.

#### 6 3 2 2 3 1 Verbeuringsbepalings

Testamentêre verbeuringsbepalings (in die vorm van "conditions subsequent") wat op ras, nasionaliteit of geloof gegrond is en wat poog om die geloofsoortuigings of keuse van lewensmaat van 'n begunstigde aan die hand van sodanige oorwegings te beheer, is aan die Australiese reg welbekend. Die geldigheid van hierdie bepalinge word in die Australiese reg byna uitsluitlik aan die hand van vaagheid of onsekerheid<sup>189</sup> eerder as met verwysing na openbare beleid beantwoord.<sup>190</sup> In enkele uitsprake kom bloot oorsigtelike aanduidings voor dat die onderhawige bepalinge nie met openbare beleid bots nie.<sup>191</sup>

In *Trustees of Church Property of the Diocese of Newcastle v Ebbeck* laat die Australiese *High Court* hom wel in groter besonderhede oor dié aangeleentheid uit.<sup>192</sup> Die testateur het *in casu* die restant van sy boedel aan sy vrou bemaak en by haar afsterwe in gelyke dele aan hul drie seuns. Die bemaking aan elke seun was onderhewig aan die voorwaarde "that he and

---

<sup>189</sup>Sien 6 3 2 2 3 3.

<sup>190</sup>Sien in die algemeen Butt 1977 *Syd LR* 400; Mackie 1998 *UQLJ* 38.

<sup>191</sup>*In re Harris, National Trustee Company v Sharpe* [1950] ALR 353; *Re Kearney* [1957] VLR 56.

<sup>192</sup>[1960] 104 CLR 394.

his wife shall at the date of death of my wife or at my death should my wife predecease me profess the Protestant faith". Die testateur het voorts vir die verbeuring van voordele by nie-  
 vervulling van die voorwaarde voorsiening gemaak.

Die geldigheid van die bepaling word betwis, onder andere aan die hand van die oorweging dat dit in stryd met openbare beleid is. Die meerderheid van die hof gaan met hierdie standpunt akkoord. Hoofregter Dixon fundeer sy beslissing in hierdie verband op die negatiewe gevolg wat die bepaling vir die begunstigde(s) en sy/hul vrou(ens) inhou, met besondere verwysing na die botsing tussen enersyds die voortbestaan van die huwelik en andersyds die gebondenheid aan 'n gekose geloof. Hy gebruik 'n huwelik tussen een van die testateur se Protestantse seuns en 'n Rooms-Katolieke vrou as voorbeeld:<sup>193</sup>

"In a marriage between a Protestant husband and a Roman Catholic wife it makes the continued adherence of the wife to her faith the cause of his forfeiting his very substantial share in his father's estate with the alternative of his disencumbering himself of his wife before his mother dies. Whether designedly or not such a disposition creates an opposition between the wife's religious beliefs and a serious temporal interest of the husband...If she cannot or will not desert her faith it provides an inducement to him of a pecuniary or proprietary nature the operation of which cannot be put in opposition to the policy of the law, it's policy to preserve and maintain marriage."

Dit is derhalwe duidelik dat hoofregter Dixon dit veral teen die gevolg van die onderhawige bepaling het, naamlik dat dit die voortbestaan van die huwelik in gedrang bring omdat dit afweging van huweliksgeluk teen testamentêre bevoordeling tot gevolg het. Hy argumenteer verder soos volg:<sup>194</sup>

"Assuming that the donee himself retains his Protestant faith, he and his wife remain conscious that her adherence throughout his mother's life to her own

---

<sup>193</sup>[1960] 104 CLR 394 403-404.

<sup>194</sup>[1960] 104 CLR 394 404.



faith stands between him and his inheritance. The husband on his part might be a man of firm mind and of a lofty and generous sentiment, but it would be difficult for many a man in such a situation to prevent his mind on occasions from adverting rather to the advantages of a divorce than the blessings of matrimony, that is to say if ever unhappy differences arose or clouds appeared which unless dispelled might develop such a prospect. In an uneasy marriage a more fruitful apple of discord could hardly be placed upon the domestic board."

Hoofregter Dixon merk derhalwe die onderhawige voorwaarde as in stryd met openbare beleid en dus ongeldig aan. Hy word hierin (met ietwat van 'n klemverskuiwing) gesteun deur regter Windeyer wat verklaar:<sup>195</sup>

"The vice of the situation that this condition creates does not, I think, arise from the possibility of cupidity on the part of the husband overmastering affection and considerate loyalty. It arises from the conflict of emotions, loyalties and duties that it creates for the wife. She must decide before a given date whether to adhere to her faith and thus cause her husband to lose his patrimony, or in the interests of her husband and their children to renounce her faith. It is not, I think, fanciful to regard such a situation as containing the seeds of unhappy differences and not the less so if the spouses be good and conscientious people."

Die minderheid van die hof is egter nie tot 'n soortgelyke benadering geneë nie. Regter Kitto formuleer sy standpunt soos volg:<sup>196</sup>

"[I]t is not difficult to believe that in some cases the offer of a legacy to one spouse on condition that the other will renounce an existing religious adherence may lead to discord between them. But whether it will, and to what

---

<sup>195</sup>[1960] 104 CLR 394 417.

<sup>196</sup>[1960] 104 CLR 394 409-411.

extent it will, must depend [on the particular circumstances of] every case...I find myself unable to accept, as a general proposition, that in most cases or even in a considerable number of cases, the pecuniary advantage thus bestowed upon dissolution of the marriage would appeal to the husband so strongly that, notwithstanding all considerations of opposite tendency, he would be likely to feel a real temptation to seek an end to his marriage, and to yield to it for the sake of the lucre."

Die onderhawige voorwaarde is derhalwe nie in die oë van regter Kitto as strydig met openbare beleid aan te merk nie.

Die *Ebbeck*-uitspraak bied 'n goeie voorbeeld van wat Mackie as die "real tension between testamentary conditions and the principle of freedom of testation" in die Australiese reg beskryf - spanning wat tot op hede nog nie bevredigend deur die Australiese howe ontlont is nie.<sup>197</sup>

Soos reeds vermeld, poog Australiese testateurs soms om langs die weg van verbeuringsbepalings ook die verhouding tussen ouer(s) en kind(ers) te beheer. Die Australiese howe het aanvanklik in navolging van die Engelse uitspraak in *Re Sandbrook, Noel v Sandbrook*<sup>198</sup> sodanige bepalinge as strydig met openbare beleid aangemerkt. In *Re Ellis, Perpetual Trustee v Ellis* het die testatrie byvoorbeeld die restant van haar boedel aan haar dogter bemaak "conditional upon my husband leaving my child to be brought up by my sister...and her husband or the survivor of them".<sup>199</sup>

Regter Long Innes verklaar:<sup>200</sup>

---

<sup>197</sup>1998 *UQLJ* 55.

<sup>198</sup>[1912] 2 Ch 471. Sien 6 2 2 2 3 1 vir die Engelsregtelike posisie.

<sup>199</sup>(1929) 29 SR (NSW) 470.

<sup>200</sup>(1929) 29 SR (NSW) 470 486. Sien ook *Re Hogg* (1936) 36 SR (NSW) 61; *Re Cross* [1938] VLR 221; *In re Crane, Equity Trustees Executors and Agency Company v Crane* [1950] VLR 192.



"[T]he condition is a condition subsequent, and opposed to public policy...because it would have the effect of deterring the father from performing his parental duties...I hold, therefore, that the condition is void and that the gift to the defendant...is absolute."

Hierdie benadering het egter in die Australiese reg 'n soortgelyke tempering as in die Engelse reg ondergaan, veral ten opsigte van voorwaardes wat op die godsdienstige opvoeding van kinders betrekking het. In *Re Cuming, Nicholls and Public Trustee* beskryf regter Starke byvoorbeeld die Engelse beslissing in die *Sandbrook*-saak as "a rather fanciful application of the rule that conditions against public policy are void".<sup>201</sup> Die testatrise het *in casu* die restant van haar boedel aan haar kleindogter bemaak "provided that she shall have renounced the Roman Catholic religion within three calendar months of my decease". Die geldigheid van hierdie voorwaarde (wat deur die hof as 'n "condition precedent" aangemerkt word) word betwis, onder andere op grond van die oorweging dat dit in stryd met openbare beleid is omdat dit met die ouerlike plig ten opsigte van die godsdienstige opvoeding van kinders inmeng. Dit het inderdaad eensyds geblyk dat die testatrise se kleindogter eers meerderjarigheid sou bereik 'n dag na die afloop van bogenoemde periode van drie maande. Dit het egter andersyds geblyk dat die kleindogter reeds tydens minderjarigheid en wel voor die dood van die testatrise in die huwelik getree het. Die hof beslis dat enige ouerlike plig ten opsigte van godsdienstige opvoeding deur sodanige huweliksluiting beëindig is en dat die beswaar aan die hand van beleidsoorwegings teen die onderhawige voorwaarde derhalwe faal.<sup>202</sup>

'n Soortgelyke tempering (met ietwat van 'n klemverskuiwing) is in *Re Jones* te bespeur.<sup>203</sup> 'n Bemaking aan minderjarige kinders *in casu* was onderhewig aan die voorwaarde dat hulle "should embrace the Roman Catholic faith or marry a Roman Catholic". Die geldigheid van hierdie voorwaarde word eweneens betwis op grond van die oorweging dat dit met die ouerlike plig ten opsigte van die godsdienstige opvoeding van kinders inmeng en derhalwe

---

<sup>201</sup>(1945) 72 CLR 86 97.

<sup>202</sup>(1945) 72 CLR 86 95; 99-100.

<sup>203</sup>(1929) 30 SR (NSW) 26.



in stryd met openbare beleid is. Die hof beslis dat die onderhawige voorwaarde geen werking geniet alvorens die betrokke kinders die ouderdom bereik waarop hulle 'n behoorlike keuse ten opsigte van hul geloof of lewensmaat kan uitoefen nie. Die voorwaarde is dientengevolge teen die kinders eerder as teen die ouers gerig. Die aansoek dat die voorwaarde met ongeldigheid getref word, word derhalwe van die hand gewys.

Die standpunt dat die keuse van 'n begunstigde tot nakoming al dan nie van 'n voorwaarde soos dié in *Re Jones* uitgestel moet word tot byvoorbeeld meerderjarigheid en 'n redelike tyd daarna, is egter sedertdien in die Engelse reg bevraagteken.<sup>204</sup> Mackie laat hom derhalwe soos volg oor die onderhawige regsposisie uit:<sup>205</sup>

"The present state of the law in respect to conditions relating to the upbringing and education of children at least in respect of religious conditions, is accordingly uncertain...It may well be that in future, the decision in *Re Sandbrook* will be limited to cases of non-religious conditions, where a parent is directly excluded from any decisions as to the upbringing of a child, and that conditions imposing religious obligations will not therefore necessarily offend against public policy."

#### 6 3 2 2 3 2 Bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk

Die Australiese reg veroorloof bepalinge met 'n liefdadigheidsoogmerk (dikwels in die vorm van liefdadigheidstruste) om bevoordeling binne groepsverband te beperk. Die Australiese reg volg met verwysing na die uitspraak in *Commissioner for Special Purposes of Income Tax v Pemsel*<sup>206</sup> in hierdie verband 'n soortgelyke klassifikasie ten opsigte van liefdadigheidstruste as die Engelse reg. 'n Trust wat binne die vierledige klassifikasie van die *Pemsel*-beslissing tuisgebring kan word en wat oor 'n element van openbare belang beskik,

<sup>204</sup>Sien byvoorbeeld *Blathwayt v Lord Cawley* [1975] 3 All ER 625 644.

<sup>205</sup>1998 *UQLJ* 45.

<sup>206</sup>[1891] AC 531.



word geredelik in die Australiese reg as 'n liefdadigheidstrust getipeer.<sup>207</sup> Bevoordeling kan binne die omvang van hierdie klassifikasie geredelik aan die hand van ras, nasionaliteit of geloof beperk word. So is 'n liefdadigheidstrust "for a training farm for orphan lads being Australians",<sup>208</sup> 'n bemaking van trustinkomste "for such purposes relating to the work of St John the Baptist Church of England",<sup>209</sup> 'n trust "for the benefit of [Armenian] orphans whose fathers fought with the Russian Army against Germany and Japan in the World War",<sup>210</sup> 'n testamentêre bemaking van trustinkomste "to the Adelaide Hebrew Congregation"<sup>211</sup> en 'n trust "to provide accommodation for transient aborigenes"<sup>212</sup> byvoorbeeld al deur die Australiese howe as geldig gereken.

Die Australiese reg word egter gekenmerk deur soortgelyke meganismes as die Engelse reg waardeur ontkom word aan bepalinge met 'n liefdadigheidsoogmerk wat op ras, nasionaliteit, geloof of ander omstrede oorwegings gegrond is.<sup>213</sup>

In navolging van *Inland Revenue Commissioners v Baddeley*<sup>214</sup> word eerstens vereis dat 'n liefdadigheidsorganisasie 'n element van openbare belang moet vertoon. By gebrek aan hierdie element kan 'n bemaking met 'n liefdadigheidsoogmerk nie as sodanig aangemerkt word nie.<sup>215</sup> In *Roman Catholic Archbishop of Melbourne v Lawlor* is 'n trust "to establish

---

<sup>207</sup>Meagher en Gummow *Law of Trusts in Australia* 185.

<sup>208</sup>*Attorney-General for New South Wales v Perpetual Trustee Company* (1940) 63 CLR 209.

<sup>209</sup>*Union Trustee Company of Australia v Church of England Property Trusts* (1946) 46 SR (NSW) 298.

<sup>210</sup>*Armenian General Benevolent Union v Union Trustee Company of Australia* (1952) 87 CLR 597.

<sup>211</sup>*In re De Vendas (Deceased)* [1971] SASR 169.

<sup>212</sup>*Aboriginal Hostels Ltd v Darwin City Council* (1985) LGRA 414.

<sup>213</sup>Sien 6 2 2 2 3 2 vir die Engelsregtelike posisie.

<sup>214</sup>[1955] AC 572.

<sup>215</sup>Meagher en Gummow *Law of Trusts in Australia* 191.

a Roman Catholic daily newspaper" byvoorbeeld nie as 'n liefdadigheidstrust getipeer nie.<sup>216</sup> Na die mening van die hof was die bevordering van die Rooms-Katolieke geloof nie die enigste oogmerk van die dagblad nie maar is ook ander nie-godsdienstige doelstellings beoog. Laasgenoemde het nie ter bevordering van openbare belang funksioneer nie en die geheel van die bemaking het derhalwe die vereiste element van openbare belang makeer.<sup>217</sup>

Die tweede beperkende meganisme geld soos in die Engelse reg ten opsigte van trusts met 'n politieke oogmerk. Sodanige trusts word eweneens (en om soortgelyke redes) nie in die Australiese reg as geldige liefdadigheidstrusts gereken nie.<sup>218</sup>

Die derde tersaaklike meganisme hou verband met die werking van die *cy præs*-leerstuk. Die Australiese reg erken naamlik in beginsel en met steun op die Engelse uitspraak in *In re Lysaght, Hill v The Royal College of Surgeons*<sup>219</sup> dat die *cy præs*-leerstuk aangewend kan word ten einde werking aan 'n liefdadigheidstrust te gee terwyl terselfdertyd met onaanvaarbare of omstrede eienskappe van sodanige trust weggedoen word.<sup>220</sup> Daar bestaan egter tot op hede geen regspraak in hierdie verband in die Australiese reg nie.

Dit blyk derhalwe dat bogenoemde meganismes aan Australiese howe die geleentheid bied om bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk wat voordele aan die hand van onder andere ras, nasionaliteit of geloof beperk, in gepaste omstandighede met omsigtigheid te benader. Openbare beleid speel soos in die Engelse reg egter in hierdie verband byna geen rol nie.

---

<sup>216</sup>(1934) 51 CLR 1. Sien ook *Re Davies* (1932) 48 TLR 539.

<sup>217</sup>(1934) 51 CLR 1 23.

<sup>218</sup>Meagher en Gummow *Law of Trusts in Australia* 192-193; 206-208.

<sup>219</sup>[1966] Ch 191.

<sup>220</sup>Meagher en Gummow *Law of Trusts in Australia* 259.



### 6 3 2 2 3 3 Vaagheid of onsekerheid van bepalinge op ras, nasionaliteit of geloof gegrond

Die vraag of die geldigheid van testamentêre bepalinge wat op ras, nasionaliteit of geloof gegrond is deur vaagheid of onsekerheid in gedrang kom, is in die Australiese reg soos in die Engelse reg veral ten opsigte van verbeuringsbepalinge ter sprake. 'n "Condition subsequent" wat vaag of onseker is, word in hierdie verband in die Australiese reg geïgnoreer en die bemaking kom die begunstigde onvoorwaardelik toe.<sup>221</sup> Testamentêre verbeuringsbepalinge word in die Australiese reg voor dieselfde streng toets as in die Engelse reg gestel ten einde te bepaal of duidelike betekenis aan die betrokke voorwaardes toegesê kan word.<sup>222</sup> Die onderskeid wat in die Engelse reg tussen "conceptual uncertainty" en "evidential uncertainty" getref word, word eweneens in die onderhawige verband in die Australiese reg aangetref.<sup>223</sup>

Australiese hoewel ná die Engelse uitspraak in *Clayton v Ramsden*<sup>224</sup> geredelik die benadering in hierdie beslissing gevolg ten opsigte van die vaagheid of onsekerheid van verbeuringsbepalinge op ras, nasionaliteit of geloof gegrond. "Jewish faith and race clauses",<sup>225</sup> 'n bepaling wat verwys na enige geloof "other than the Protestant faith"<sup>226</sup> en 'n bepaling wat verwys na die "rites of the Church of England"<sup>227</sup> is byvoorbeeld as vaag

---

<sup>221</sup>Mackie 1998 *UQLJ* 40.

<sup>222</sup>*In re Harris, National Trustee Company v Sharpe* [1950] ALR 353 357; *In re Crabtree, Fidelity Trustee Company v Crabtree* [1954] VLR 492 496; Butt 1977 *Syd LR* 404; Mackie 1998 *UQLJ* 40. Sien 6 2 2 2 3 3 vir die Engelsregtelike posisie.

<sup>223</sup>Mackie 1998 *UQLJ* 40.

<sup>224</sup>[1943] 1 All ER 16.

<sup>225</sup>*Perpetual Trustee Company v Wansey* (1946) 46 SR (NSW) 226; *In re Solomon, Solomon v Solomon* [1946] VLR 115; *In re Ettleson, Ettleson v Webster* [1946] VLR 217.

<sup>226</sup>*In re Winzar, Public Trustee v Winzar* (1953) 55 WALR 35.

<sup>227</sup>*In re Crane, Equity Trustees Executors and Agency Company v Crane* [1950] VLR 192.



en derhalwe nietig aangemerkt.

Tempering van hierdie benadering het egter mettertyd plaasgevind. In *Trustees of Church Property of the Diocese of Newcastle v Ebbeck* waarna reeds verwys is, het die testateur die restant van sy boedel aan sy vrou bemaak en by haar afsterwe in gelyke dele aan hul drie seuns.<sup>228</sup> Die bemaking aan elke seun was onderhewig aan die voorwaarde "that he and his wife shall at the date of death of my wife or at my death should my wife predecease me profess the Protestant faith". Die testateur het voorts vir die verbeuring van voordele by nie-ervulling van die voorwaarde voorsiening gemaak. Die meerderheid van die hof beslis dat hierdie bepaling met openbare beleid bots en derhalwe nietig is. Die hof oorweeg egter ook die vraag na die vaagheid of onsekerheid van dié bepaling.

Hoofregter Dixon is van mening dat die begrip "Protestant faith" nie onder dieselfde "conceptual uncertainty" as die begrip "Jewish religion" (in *Clayton v Ramsden*) gebuk gaan nie. Die hoofregter beklemtoon die belangrikheid van testeervryheid wanneer oor bepalinge soos die onderhawige beslis word. Hy beskryf die taak van die hof ten opsigte van die vasstelling van vaagheid of onsekerheid in hierdie verband as "not...to show how "absolute" we are and to defeat the testator's intentions on the principle that he must speak by the card or equivocation will undo him, but...an attempt to ascertain his intentions and to apply them according to law".<sup>229</sup>

Regter Windeyer gaan met hierdie benadering akkoord. Hy is naamlik van mening dat die vraag in 'n geval soos die onderhawige na die bedoeling van die betrokke testateur is. In hierdie verband kan onder andere gesteun word op "the ordinary use of words in Australia" ten einde die bedoeling van 'n testateur met voldoende sekerheid vas te stel.<sup>230</sup> Die hof kom derhalwe tot die slotsom dat die onderhawige verbeuringsbepaling nie op grond van vaagheid of onsekerheid faal nie. 'n Soortgelyke resultaat is ná die *Ebbeck*-beslissing deur die Engelse

---

<sup>228</sup>(1960) 104 CLR 394.

<sup>229</sup>(1960) 104 CLR 394 405-406.

<sup>230</sup>(1960) 104 CLR 394 411.



*House of Lords* in *Blathwayt v Lord Cawley*<sup>231</sup> bereik ten opsigte van 'n verbeuringsbepaling wat gebondenheid aan die Rooms-Katolieke geloof vereis het.

Mackie laat hom derhalwe in die lig van die *Ebbeck*- en *Blathwayt*-uitsprake soos volg oor die regsposisie ten opsigte van die onderhawige kwessie in die Australiese reg uit:<sup>232</sup>

"[A]s far as most established religions are concerned, it may be stated with some degree of confidence that the courts will uphold any condition subsequent and thus save the gift if the condition can be satisfied. This is more in keeping with the true task of the court in ascertaining the real intentions of the testator."<sup>233</sup>

#### 6 4 BEOORDELING

Die vryheid van 'n testateur om binne die raamwerk van sekere beperkings na goeddunke by wyse van testament te beskik oor die bates wat by sy dood deel van sy boedel uitmaak, is 'n grondbeginsel van sowel die Engelse as Australiese testate erfreg. Private erfopvolging en testeervryheid is in hierdie verband uitvloeisels van die erkenning van private eiendomsreg in beide regstelsels. Vanuit 'n historiese perspektief is die ontwikkeling van testeervryheid in die Engelse reg toe te skryf aan verskeie sosiale, ekonomiese en juridiese faktore. Ná Britse koloniserings van Australië het testeervryheid as gevolg van Britse wetgewende en regsprekende invloed sonder meer in laasgenoemde regstelsel inslag gevind. Testeervryheid word in beide bogenoemde regstelsels onderskraag deur verskeie ander elemente van die testate erfreg.

Testeervryheid word in beide regstelsels egter ook aan die hand van sosiale en ekonomiese

---

<sup>231</sup>[1975] 3 All ER 625.

<sup>232</sup>1998 *UQLJ* 49-50. Sien ook Butt 1977 *Syd LR* 426.

<sup>233</sup>Daar dien egter op gelet te word dat Mackie nie ter formulering van hierdie mening na die Engelse uitspraak in *Re Tepper's Will Trusts, Kramer v Ruda* [1987] 1 All ER 970 verwys waar die benadering in *Clayton v Ramsden* sedert die *Blathwayt*-uitspraak herbevestig is nie.



oorwegings beperk. Sowel die Engelse as Australiese reg verleen byvoorbeeld aan afhanklikes 'n statutêre onderhoudsaanspraak teen die boedel van 'n oorledene. Hierdie aanspraak word aan die hand van hoofsaaklik sosiale oorwegings regverdig maar ekonomiese, politieke en selfs filosofiese oorwegings speel ook in hierdie verband 'n rol. Die gemeenregtelike "rule against perpetuities" dien in beide regstelsels as voorbeeld van 'n beperking op testeervryheid op grond van ekonomiese oorwegings.

Sosiale oorwegings fundeer die ongeldigheid waarmee wederregtelike testamentêre bepalings en testamentêre bepalings wat in stryd met openbare beleid is, in beide regstelsels getref word. Die wyse waarop openbare beleid tradisioneel in hierdie verband funksioneer ten einde te handel met sowel testamentêre verbeuringsbepalings as bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk wat op ras, nasionaliteit of geloof gegrond is, is egter omstrede.

Ten opsigte van verbeuringsbepalings bestaan gesag naamlik in sowel die Engelse as Australiese reg dat, die vooropgesteldheid van testeervryheid in ag genome, sodanige bepalings enersyds geldiglik fundeer kan word op oorwegings wat met ras, nasionaliteit of geloof verband hou sonder om met openbare beleid te bots. Gesag bestaan egter andersyds dat sodanige verbeuringsbepalings wel om verskeie redes as strydig met openbare beleid en derhalwe ongeldig aan te merk is. Verbeuringsbepalings wat poog om die verhouding tussen ouer(s) en kind(ers) te beïnvloed, is aanvanklik in beide regstelsels as strydig met openbare beleid getipeer terwyl 'n tempering ten gunste van geldigheid (dikwels op grond van die feite van die betrokke geval) in meer onlangse Engelse en Australiese regspraak te bespeur is.

Ten opsigte van bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk vergun beide regstelsels testateurs om bemakings aan die hand van ras, nasionaliteit of geloof te beperk. In die Engelse reg word juis in hierdie verband ten opsigte van liefdadigheidstrusts by wyse van wetgewing voorsiening gemaak vir toeskietlike reëlins wanneer trustvoordele op grond van ras of geslag beperk word. Dieselfde wetgewing bevat egter terselfdertyd meganismes ter inkorting van sodanige beperking. Sowel die Engelse as Australiese reg is ook bekend met etlike nie-statutêre meganismes ingevolge waarvan aan die (soms omstrede) gevolge van ras-, nasionaliteits- of geloofsgebaseerde bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk ontkom kan word.



Soortgelyke ambivalensie kenmerk die regsposisie in beide regstelsels ten opsigte van vaagheid of onsekerheid van bepalings wat op ras, nasionaliteit of geloof berus.

In die Engelse reg het fundamentele regte tot betreklik onlangs geen rol ter beoordeling van die onderhawige regsposisie gespeel nie. Die *Human Rights Act* van 1998 verleen egter ongetwyfeld 'n nuwe dimensie aan die wyse waarop Engelse howe in die toekoms sal omgaan met die testamentêre bepalings hierbo bespreek. In die Australiese reg speel fundamentele regte egter steeds geen rol ter beoordeling van dié kwessie nie. Tog bied die wyse waarop openbare beleid tradisioneel in beide hierdie regstelsels funksioneer ten einde met bogenoemde testamentêre bepalings te handel, waardevolle riglyne wanneer oor die werking van die *boni mores* of regsgevoel van die gemeenskap in die wisselwerking tussen die gemene reg en grondwetlike beginsels binne die Suid-Afrikaanse testate erfreg besin moet word. Die insigte wat uit die ontleding van relevante aspekte van testeervryheid in die Engelse en Australiese reg verkry is, sal in hierdie lig rigtinggewend wees wanneer in die slothoofdstuk besin word oor gepaste antwoorde op die probleemstelling in Hoofstuk 1 geformuleer.

- - - - \*

## **HOOFSTUK 7**

### **TESTEERVRYHEID IN KONTINENTALE REGSTELSLS: BESONDERE ASPEKTE VAN TESTEERVRYHEID IN DIE NEDERLANDSE, BELGIESE EN DUITSE REG**

#### **7 1 INLEIDING**

In hierdie hoofstuk word besondere aspekte van testeervryheid in die Nederlandse, Belgiese en Duitse reg as drie voorbeelde van kontinentale of "civil law"-regstelsels beskou. 'n Omvattende ontleding van die benadering tot testeervryheid in hierdie drie regstelsels val buite die bestek van hierdie werk. Die ondersoek word derhalwe beperk tot tersaaklike aspekte relevant tot oplossing van die probleemstelling in Hoofstuk 1 geformuleer. Vir hierdie doel word die ondersoek na die drie regstelsels ingelei deur 'n kort historiese oorsig gevolg deur 'n beskouing van die algemene benadering tot testeervryheid in elke regstelsel.

Die beperking van testeervryheid in elke regstelsel word vervolgens onder die loep geneem. Die bespreking van hierdie onderwerp begin met 'n oorsig oor twee tersaaklike beperkings op testeervryheid ten einde die rol van sosiale en ekonomiese oorwegings ter beperking van testeervryheid in die Nederlandse, Belgiese en Duitse reg te illustreer. In hierdie verband word die onderhoudsaanspraak van afhanklikes teen die boedel van 'n oorledene en die ongeldigheid waarmee 'n testamentêre vervreemdingsverbod in elke regstelsels getref word, kortliks ondersoek.

Die bespreking met betrekking tot die beperking van testeervryheid word afgesluit met 'n studie van die benadering in al drie regstelsels tot wederregtelike testamentêre bepalinge en testamentêre bepalinge wat teen die goeie sedes is. In hierdie verband word 'n grondwetlike perspektief op die beperking van testeervryheid in elke regstelsel enersyds verkry met besondere fokus op die vraag na die horisontale werking van fundamentele regte. Die



beskouing van die Nederlandse en Belgiese reg bevat in hierdie verband ook 'n teoretiese perspektief op die invloed van fundamentele regte op voorskriftelike testamentêre bepalings. Andersyds word gelet op die rol van die goeie sedes en statutêre voorskrifte ter beperking van testeervryheid in elk van die drie regstelsels.

Van besondere belang in enige bespreking van die werking van fundamentele regte in Europese verband, is internasionale regsreëls wat binne die breër Europese Unie geld. 'n Volledige bespreking van hierdie onderwerp val eweneens buite die bestek van hierdie werk. By wyse van tersaaklike voorbeeld word in hierdie hoofstuk egter wel gelet op die Europese Konvensie van Menseregte (tesame met die Protokolle wat daarop gevolg het) wat op 4 November 1950 in Rome onderteken is en op 3 September 1953 in werking getree het. Die oogmerke van die Konvensie is om enersyds binne Europese verband aan die beskerming van fundamentele regte en vryhede beslag te gee terwyl kollektiewe internasionale afdwinging van sodanige regte en vryhede andersyds bevorder word.<sup>1</sup> Die Konvensie verplig lidstate ter bereiking van hierdie oogmerke tot die nakoming van die regsbeginsels en -voorskrifte in die Konvensie vervat. Dit is egter belangrik om daarop te let dat die Konvensie geen nuwe selfstandige fundamentele regte tot stand bring nie - dit verleen eerder beskerming aan sodanige regte wat (vermoedelik) reeds in die huishoudelike reg van lidstate van krag is. Die Konvensie word derhalwe gesien as 'n meganisme om die beskerming van bestaande regte te verseker eerder as 'n poging om 'n *numerus clausus* van fundamentele regte daar te stel waaraan lidstate moet voldoen.<sup>2</sup>

Die Konvensie bevat 'n verbod op diskriminasie op grond van geslag, ras, kleur, taal, geloof, politieke of ander mening, nasionale of sosiale herkoms, assosiasie met 'n nasionale minderheidsgroep, eiendom, geboorte of ander status.<sup>3</sup> Ander tersaaklike regte wat in die Konvensie vervat is, sluit die reg op persoonlike vryheid,<sup>4</sup> die reg op private en gesinslewe,<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup>Drzemczewski *European Human Rights Convention in Domestic Law* 2.

<sup>2</sup>Drzemczewski *European Human Rights Convention in Domestic Law* 6-7.

<sup>3</sup>Artikel 14 van die Konvensie.

<sup>4</sup>Artikel 5 van die Konvensie.



die reg op vryheid van denke, gewete en geloof,<sup>6</sup> die reg op vryheid van uitdrukking,<sup>7</sup> die reg op vryheid van assosiasie<sup>8</sup> en die reg om in die huwelik te tree<sup>9</sup> in. Die Eerste Protokol beskerm die reg op eiendom aan die hand van sowel 'n waarborg van die vreedsame gebruik van besittings as 'n waarborg teen onteiening.<sup>10</sup>

Die Europese Konvensie van Menseregte vorm deel van die huishoudelike reg van 'n hele aantal Europese state. Die Konvensie verleen sodoende sowel nasionale as internasionale beskerming ten opsigte van die fundamentele regte van die burgers van sodanige state.<sup>11</sup> Die besondere invloed van die Konvensie ten opsigte van die Nederlandse, Belgiese en Duitse reg sal hieronder waar van pas in die beskouing van tersaaklike grondwetlike aangeleenthede in elk van dié drie regstelsels ondersoek word.

## 7 2 DIE NEDERLANDSE REG

### 7 2 1 Historiese oorsig en die benadering tot testeervryheid in die Nederlandse reg

Die *Republiek der Verenigde Nederlanden*, wat uit 'n konfederasie van 'n aantal soewereine provinsiale republieke bestaan het, het in 1795 onder Franse gesag gekom. Hierdie heerskappy is na agtien jaar beëindig met die totstandkoming van die *Koninkrijk der Nederlanden* in 1813.<sup>12</sup> Die Verdrag van Wenen (1815) het die unifikasie van Nederland en hedendaagse België bewerkstellig. Hierdie unie was egter van korte duur en in 1830 het

---

<sup>5</sup>Artikel 8 van die Konvensie.

<sup>6</sup>Artikel 9 van die Konvensie.

<sup>7</sup>Artikel 10 van die Konvensie.

<sup>8</sup>Artikel 11 van die Konvensie.

<sup>9</sup>Artikel 12 van die Konvensie.

<sup>10</sup>Artikel 1 van die Protokol.

<sup>11</sup>Drzemczewski *European Human Rights Convention in Domestic Law* 18.

<sup>12</sup>Kortmann en Bovend'Eert *The Kingdom of the Netherlands* 1; Chorus *et al Introduction to Dutch Law* 8.



België homself onafhanklik van Nederland verklaar, welke skeiding deur die Verdrag van London (1839) bekragtig is.<sup>13</sup> Die Nederlandse *Grondwet* van 1814 het 'n monargie met 'n parlementêre bestel in die nuwe onafhanklike staat gevestig.<sup>14</sup>

Die Franse bewindsoorname van die Nederlandse Republiek in 1795 het 'n bepalende invloed op die formaat van die Nederlandse privaatreë (*burgerlijk recht*) uitgeoefen. In 1807 het Lodewyk Napoleon naamlik opdrag gegee dat die *Code Civil des Français* van 1804 (vanaf 1807 bekend as die *Code Napoléon*) vir gebruik in Nederland voorberei moet word, welke taak in 1811 voltooi is.<sup>15</sup> Na die totstandkoming van die Nederlandse Koninkryk in 1813 word 'n hersiening van die *Code Napoléon* onderneem ten einde dit meer geskik vir Nederlandse doeleindes te maak. Dié proses begin in 1816 maar word deur verskeie probleme en vertraginge gekortwiek. Die onderskeie boeke van die *Burgerlijk Wetboek*, gefundeer op die *Code Napoléon*, word uiteindelik vanaf 1822 tot 1826 voltooi en die datum van inwerkingtreding word op 1831 bepaal. Die onafhanklikheidsverklaring van België in 1830 noop egter uitstel van sodanige inwerkingtreding tot 1 Oktober 1838.<sup>16</sup> Die *Burgerlijk Wetboek* was sedert laasgenoemde datum vir meer as 'n eeu byna onveranderd van krag. In 1947 word opdrag vir die herkodifikasie van die Nederlandse privaatreë egter gegee, welke opdrag tot die daarstelling van die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* lei.<sup>17</sup>

Die moderne Nederlandse erereg is grotendeels ontleen aan die erfregtelike reëls in die *Code Napoléon* vervat. Laasgenoemde reëls is, soos die erfregtelike beginsels van die Nederlandse *Oud-Vaderlandse Recht*, op tersaaklike reëls en beginsels van sowel die Romeinse as

---

<sup>13</sup>Kortmann en Bovend'Eert *The Kingdom of the Netherlands* 1-2; Chorus *et al Introduction to Dutch Law* 8; 242.

<sup>14</sup>Kortmann en Bovend'Eert *The Kingdom of the Netherlands* 5; Verheugt *et al Inleiding in het Nederlandse Recht* 47.

<sup>15</sup>Gerver *et al Het Systeem van het Nederlandse Privaatrecht* 47-48.

<sup>16</sup>Gerver *et al Het Systeem van het Nederlandse Privaatrecht* 49-50.

<sup>17</sup>Gerver *et al Het Systeem van het Nederlandse Privaatrecht* 52-54; Verheugt *et al Inleiding in het Nederlandse Recht* 133.



Germaanse erfreg fundeer.<sup>18</sup> Die Nederlandse erfreg is aanvanklik as 'n wyse van eiendomsverkryging in Titels 11 tot 17 van die Boek 3 van die *Burgerlijk Wetboek* (artikels 877 tot 1176) geplaas. Die gevoel het egter ontstaan dat hierdie plasing onvanpas is en die erfreg is diensgevolge as afsonderlike onderwerp na Titels 1 tot 5 van Boek 4 van die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* verskuif.<sup>19</sup> Boek 4 geniet egter nog nie in sy geheel regsrag nie maar aanduidings bestaan dat dié boek inderdaad teen 2001 volle werking sal geniet.<sup>20</sup>

Testeervryheid (*testeervrijheid*) vorm een van die grondbeginsels van die Nederlandse testate erfreg. Kasdorp *et al* verklaar byvoorbeeld met verwysing na 'n tersaaklike beslissing van die *Hoge Raad*:<sup>21</sup>

"In een testament kunnen worden opgenomen alle niet met de openbare orde en goede zeden strijdende bepalingen, bestemd om na dode te werken en rakende privaatrechtelijke belangen waarover de testateur de vrije beschikking heeft."

'n Grondwetlike waarborg van private erfopvolging en testeervryheid kom nie in die Nederlandse Grondwet voor nie. Artikel 14 van dié Wet verleen wel beskerming teen die onteining, vernietiging en onbruikbaarmaking van eiendom. Hierdie bepaling word egter nie geredelik in die Nederlandse reg as 'n omvattende waarborg van private eiendomsreg

---

<sup>18</sup>Kasdorp *et al Erfrecht Compendium* 1.

<sup>19</sup>Gerver *et al Het Systeem van het Nederlandse Privaatrecht* 64; 375-376; Kasdorp *et al Erfrecht Compendium* 2; Perrick *Erfrecht* 2; Van der Burght *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek* 3.

<sup>20</sup>Die tersaaklike bepalinge van Boek 3 van die *Burgerlijk Wetboek* wat hieronder ten opsigte van die Nederlandse testate erfreg bespreek word, toon (veral wat inhoud betref) groot ooreenstemming met die ooreenkomstige bepalinge van Boek 4 van die *Nieuw Burgerlijk Wetboek*. Die regsbeginnele en regspraak wat ten opsigte van eersgenoemde relevant is, sal derhalwe eweneens 'n rigtinggewende rol speel wanneer laasgenoemde volle werking geniet. Die bespreking wat volg, word in hierdie lig fundeer op die bepalinge van die *Burgerlijk Wetboek* met verwysing na die teks van die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* waar van pas.

<sup>21</sup>*Erfrecht Compendium* 43. Die beslissing van die *Hoge Raad* is HR 30 Junie 1882 W 4800; 2 Februarie 1894 W 6462.



gekonstrueer nie en word dus ook nie as 'n waarborg van private erfopvolging en testeervryheid geag nie.<sup>22</sup> Nederland is wel mede-ondertekenaar van die Europese Konvensie van Menseregte. Artikel 1 van die Eerste Protokol tot hierdie Konvensie wat diensgevolge in Nederland van krag is, beskerm inderdaad die reg op eiendom. Hierdie bepaling word egter eweneens nie in die Nedelandse reg as 'n waarborg van private erfopvolging en testeervryheid gereken nie.<sup>23</sup>

Private eiendomsreg vorm wel een van die grondbeginsels van die Nederlandse sakereg (*goederenrecht*) - dit word in artikel 5: 1 van die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* beskryf as "het meest omvattende recht dat een persoon op een zaak kan hebben".<sup>24</sup> Private erfopvolging en testeervryheid word in die Nederlandse reg geredelik op die erkenning van private eiendomsreg en die gevolglike beskikkingsbevoegdheid van 'n eienaar fundeer. Perrick verklaar byvoorbeeld in hierdie verband:<sup>25</sup>

"Zolang men een eigenaar de vrije beschikking over zijn goederen tijdens zijn leven zal laten, zolang zal men hem ook de bevoegdheid moeten toekennen, om bij uiterste wilsbeschikking over zijn goederen te beschikken. En in zoverre het recht deze bevoegdheid tot het maken van uiterste wilsbeschikkingen erkent, in zover zal het erfrecht een uitvloeisel zijn van de individuele eigendom."

Testeervryheid staan ook in verband met en word onderskraag deur verskeie ander elemente van die Nederlandse testate erfreg. So is testeerbevoegdheid aan die kant van testateurs 'n

---

<sup>22</sup>Bellekom *et al Staatsrecht Compendium* 310; Kortmann *Constitutioneel Recht* 414.

<sup>23</sup>Sien egter 7 3 1 vir 'n bespreking van die *Marckx-arrest* in hierdie verband.

<sup>24</sup>Gerver *et al Het Systeem van het Nederlandse Privaatrecht* 199; Verheugt *et al Inleiding in het Nederlandse Recht* 155.

<sup>25</sup>*Erfrecht* 7. Sien ook Gerver *et al Het Systeem van het Nederlandse Privaatrecht* 105; Verheugt *et al Inleiding in het Nederlandse Recht* 157; Van der Burght *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek* 7.



vereiste vir die geldige verlyding van testamente.<sup>26</sup> Die testeerhandeling moet voorts vry en onbelemmerd plaasvind, met die afwesigheid van dwang, bedrog en dwaling as belangrike oorweging.<sup>27</sup> Die delegasie van testeerbevoegdheid word nie toegelaat nie.<sup>28</sup> Streng formaliteite geld ingevolge die *Burgerlijk Wetboek* (en *Nieuw Burgerlijk Wetboek*) langs die weg van sekere standaard testamentsvorme vir die verlyding van testamente, hoofsaaklik ten einde die egtheid van sodanige testamente te verseker.<sup>29</sup> Die Nederlandse reg is egter, ten spyte van stemme wat in dié verband opgaan, nie met 'n kondonasiebevoegdheid ten opsigte van vormgebrekkige testamente bekend nie.<sup>30</sup> Kontraktuele erfopvolging word nie andersins dan by wyse van onder andere huweliksvoorwaardekontrak toegelaat nie.<sup>31</sup> Die veranderlikheid en herroeplikheid van testamente ooreenkomstig die wense van testateurs word erken.<sup>32</sup> Die reëls van die interpretasie van testamente is ten slotte gerig op die vasstelling van die bedoeling van testateurs soos dit uit hul testamente blyk.<sup>33</sup>

---

<sup>26</sup>Kasdorp *et al Erfrecht Compendium* 30; Perrick *Erfrecht* 82; Van der Burght *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek* 85-86.

<sup>27</sup>Gerver *et al Het Systeem van het Nederlandse Privaatrecht* 382; Kasdorp *et al Erfrecht Compendium* 31; Perrick *Erfrecht* 87-89; Van der Burght *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek* 80-84.

<sup>28</sup>Kasdorp *et al Erfrecht Compendium* 192; Perrick *Erfrecht* 70; Van der Burght *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek* 221.

<sup>29</sup>Gerver *et al Het Systeem van het Nederlandse Privaatrecht* 382; Kasdorp *et al Erfrecht Compendium* 32-34; Perrick *Erfrecht* 249; Van der Burght *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek* 166-167.

<sup>30</sup>Kasdorp *et al Erfrecht Compendium* 35.

<sup>31</sup>Gerver *et al Het Systeem van het Nederlandse Privaatrecht* 381; Kasdorp *et al Erfrecht Compendium* 30; Perrick *Erfrecht* 68.

<sup>32</sup>Gerver *et al Het Systeem van het Nederlandse Privaatrecht* 381; Kasdorp *et al Erfrecht Compendium* 29; Perrick *Erfrecht* 63; Van der Burght *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek* 50.

<sup>33</sup>Gerver *et al Het Systeem van het Nederlandse Privaatrecht* 384-385; Kasdorp *et al Erfrecht Compendium* 38; Perrick *Erfrecht* 90.



## 7 2 2 Die beperking van testeervryheid in die Nederlandse reg

In hierdie gedeelte word die beperking van testeervryheid in die Nederlandse reg onder die loep geneem. Soos in die vorige hoofstuk word twee tersaaklike beperkings ter inleiding oorsigtelik ondersoek ten einde die rol van sosiale en ekonomiese oorwegings ter beperking van testeervryheid in die Nederlandse reg te illustreer. In hierdie verband word enersyds op die regsposisie ten opsigte van die vermoënsregtelike beskerming van sekere verwante (die *legitieme portie* of *wettelijk erfdeel*) gelet. Die ongeldigheid waarmee 'n testamentêre vervreemdingsverbod in die Nederlandse reg getref word, word andersyds beskou. Daarna word die benadering in die Nederlandse reg tot wederregtelike testamentêre bepalings en testamentêre bepalings wat met die goeie sedes bots, ondersoek.

### 7 2 2 1 *Die beperking van testeervryheid op grond van sosiale en ekonomiese oorwegings - 'n oorsig oor twee tersaaklike beperkings op testeervryheid in die Nederlandse reg*

#### 7 2 2 1 1 Die Nederlandse *legitieme portie* of *wettelijk erfdeel*

Die Nederlandse reg veroorloof testateurs om by wyse van testament van die voorskrifte van die intestate erfreg (*versterfrecht*) af te wyk. Sekere verwante (wat as intestate erfgename sou kwalifiseer, het die oorledene se boedel *ab intestato* vererf) geniet egter ingevolge wetgewing vermoënsregtelike beskerming teen sowel die toekenning van 'n geringe erfdeel as algehele onderwing deur 'n testateur. Hierdie beskerming neem die vorm van 'n aanspraak op 'n voorgeskrewe porsie ('n helfte tot 'n driekwart, afhangend van die aantal aanspraakmakers) van hul intestate erfdeel uit die oorledene se boedel aan. Die diskresionêre toekenning van die Suid-Afrikaanse, Engelse en Australiese reg word derhalwe nie in die Nederlandse reg aangetref nie. Hierdie voorgeskrewe porsie word soms die *wettelijk erfdeel* genoem maar word meer geredelik as die *legitieme portie* getipeer, met die aanspraakmakers wat *legitimaris* heet. Die gedeelte van die boedel wat naas die *legitieme portie* staan, word die



*beschikbaar deel* genoem.<sup>34</sup>

*Legitimaris*se het tot onlangs sowel voorouers as afstammeling ingesluit. In 1996 is die aanspraak van voorouers op 'n *legitieme portie* egter beëindig en sedertdien is *legitimaris*se diensgevolge tot intestate erfgename in die dalende lyn beperk, met ander woorde die kinders van die oorledene en hul kinders by plaasvervulling.<sup>35</sup> Dit is egter interessant om te let dat die aanspraak van die *legitimaris*se nie outomaties van regsweë werking geniet nie. Ten einde 'n *legitieme portie* te bekom, moet 'n *legitimaris* inderdaad 'n beroep daarop doen. 'n Testament waarin beskik word oor sowel die *beschikbaar deel* as die gedeelte van die boedel wat vir die *legitieme portie* bestem is, is derhalwe heeltemal geldig en daar sal aan sodanige beskikking uitvoering gegee word tensy die *legitimaris*se 'n beroep op laasgenoemde doen.<sup>36</sup>

Die oorlewende gade word nie as *legitimaris* gereken nie. Die Nederlandse reg erken wel 'n kategorie van persone wat op onderhoud en versorging geregtig is (die *verzorgingsgeregtigden*), waaronder die oorlewende gade uitdruklik gereken word. In hierdie verband word 'n *natuurlike verbintenis tot versorging* in die Nederlandse reg gekonstrueer ingevolge waarvan 'n onderhoudsplig ten opsigte van die oorlewende gade op die eerssterwende gade geplaas word.<sup>37</sup>

Die beperking van testeervryheid langs die weg van die *legitieme portie* word in die Nederlandse reg op veral sosiale maar ook ekonomiese oorwegings fundeer. Van der Burght

---

<sup>34</sup>Kasdorp *et al Erfrecht Compendium* 44-45. Die regsposisie wat vervolgens bespreek word, is dié in die *Burgerlijk Wetboek* vervat. Hierdie regsposisie verskil plek-plek van dié in die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* vervat. 'n Dispuut oor die werking van die *legitieme portie* ingevolge die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* is een van die redes waarom die volle inwerkingtreding van laasgenoemde uitgestel is.

<sup>35</sup>Kasdorp *et al Erfrecht Compendium* 47; Perrick *Erfrecht* 182.

<sup>36</sup>Kasdorp *et al Erfrecht Compendium* 45. Vir 'n volledige bespreking van die werking van die *legitieme portie* sien Kasdorp *et al Erfrecht Compendium* 44-66; Perrick *Erfrecht* 162-226.

<sup>37</sup>Kasdorp *et al Erfrecht Compendium* 63; Perrick *Erfrecht* 178.



verklaar in hierdie verband:<sup>38</sup>

"Onnodig te zeggen, dat voor de geschiedenis van de sociale en economische verhoudingen de ontwikkeling van het erfrecht uitermate belangerijk is. Maar evenzeer omgekeerd: het bestaan van sociale voorzieningen beïnvloedt het bestaan en de omvang van erfrechtelijke (verzorgings) aanspraken...Niet [alleen] het sociale karakter van de legitieme als instelling, maar het persoonlijke belang van de betrokken erfgenaam staat voorop."

Die onlangse beperking van *legitimaris* tot slegs afstammeling en die nie-erkenning van die langsewende gade as *legitimaris* dui ongetwyfeld op 'n kentering in Nederland met betrekking tot sowel die tradisionele familiebegrip as die hegtheid van familiebande. Die vraag na die bestaansreg van die *legitieme portie* kom terselfdertyd te berde. Van der Burght merk derhalwe op:<sup>39</sup>

"De eenheid van de familie kom hoogstens nog tot uiting op begrafnissen en trouwpartijen. Het gezin functioneerd als eenheid zolang de kinderen niet zelf geld verdienen. Zodra zij dit wel doen breekt de vermochensrechtelijke band van het gezin, terwijl bovendien het merendeel van hen de ouderlijke woning verlaat en - in de ruimste zin van het woord - een eigen leven gaat leiden...Gezien de huidige maatschappelijke ontwikkelingen is het niet gewaagd te stellen, dat de legitieme zijn langste tijd heeft, althans behoort te hebben gehad."<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup>*Het Nederlands Burgerlijk Wetboek* 7; 102.

<sup>39</sup>*Het Nederlands Burgerlijk Wetboek* 103-104.

<sup>40</sup>Dit is in hierdie lig interessant om daarop te let dat 'n soepeler benadering tot die *legitieme portie* in die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* vervat is. Sodanige benadering word ook deur ander instellings van die Nederlandse erfreg, byvoorbeeld ouerlike boedelverdeling ('n verdeling by wyse van testamentêre beskikking deur 'n erflater van sy nalatenskap onder sy afstammeling en oorlewende gade), in die hand gewerk. Sien Van der Burght *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek* 104.

## 7 2 2 1 2 Die ongeldigheid van 'n testamentêre vervreemdingsverbod in die Nederlandse reg

Artikel 4: 931 van die *Burgerlijk Wetboek* bepaal:

"De bepaling waarbij de nalatenschap of het legaat, of wel een gedeelte van dezelve, onvervreembaar is verklaard, wordt voor niet geschreven gehouden."<sup>41</sup>

Sowel die aandrang op beskikkingsvryheid ten opsigte van boedelbates enersyds as die andersydse ongeldigheid waarmee 'n testamentêre vervreemdingsverbod ingevolge hierdie bepaling getref word en die dienoreenkomstige beperking van testeervryheid wat dié bepaling tot gevolg het, word aan die hand van hoofsaaklik ekonomiese oorwegings regverdig. Gerver *et al* verklaar ter verduideliking:<sup>42</sup>

"Deze beschikkingsvryheid is niet alleen van waarde voor de gerechtigde, maar is tevens van algemene belang, want goederen, waarover de gerechtigde niet kan beschikken, zijn goederen aan het economisch verkeer onttrokken en derhalve voor de maatschappij zonder nut of slechts van een gering nut...Deze goederen, die men noem goederen in de dode hand, vormen in tijden, waarin de maatschappij vraagt om benutting van alle ecconomische hulpmiddelen, voor velen een steen des aanstoets."

---

<sup>41</sup>Artikel 4.3.1.6.2 van die *Nieu Burgerlijk Wetboek* bepaal:

"Een voorwaarde of last die de strekking heeft de bevoegdheid tot vervreemding of bezwaring van goederen uit te sluiten, word voor niet geschreven gehouden."

<sup>42</sup>*Het Systeem van het Nederlandse Privaatrecht* 105. Sien ook Van der Burght *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek* 72.



## 7 2 2 2 *Die benadering in die Nederlandse reg tot wederregtelike testamentêre bepalings en testamentêre bepalings wat teen die goeie sedes is*

Die onderhawige onderwerp word in navolging van die vorige hoofstuk deur 'n grondwetlike perspektief op die beperking van testeervryheid in die Nederlandse reg ingelei. Daarna volg 'n teoretiese perspektief op die invloed van fundamentele regte op voorskriftelike testamentêre bepalings in die Nederlandse reg. Die onderhawige bespreking word afgesluit met 'n ondersoek na die rol van statutêre voorskrifte, die openbare orde en die goeie sedes ter beperking van testeervryheid in die Nederlandse reg.

### 7 2 2 2 1 'n Grondwetlike perspektief op die beperking van testeervryheid in die Nederlandse reg

Die Nederlandse *Grondwet* het sedert 1814 menige veranderings ondergaan en is in 1983 heeltemal hersien.<sup>43</sup> Hoofstuk 1 van die *Grondwet* waarborg 'n aantal fundamentele regte (*grondrechten*).<sup>44</sup> Hoofstuk 1 word ingelei deur 'n gelykheidsbepaling wat diskriminasie op grond van geloof, oortuiging, politieke mening, ras, geslag of enige ander oorweging verbied.<sup>45</sup> Ander tersaaklike regte wat aldus gewaarborg word, sluit die reg op bewegingsvryheid (die reg om die land te verlaat),<sup>46</sup> die reg op vryheid van godsdiens en oortuiging,<sup>47</sup> die reg op vryheid van denke en mening,<sup>48</sup> die reg op vryheid van

---

<sup>43</sup>Kortmann en Bovend'Eert *The Kingdom of the Netherlands* 12.

<sup>44</sup>Engelse werke oor die Nederlandse *Grondwet* gebruik deurgaans "fundamental rights" ter vertaling van "*grondrechten*". In navolging van hierdie benadering word die begrip "fundamentele regte" derhalwe gebruik in die bespreking wat volg.

<sup>45</sup>Artikel 1 van die Wet.

<sup>46</sup>Artikle 2(4) van die Wet.

<sup>47</sup>Artikel 6 van die Wet.

<sup>48</sup>Artikel 7 van die Wet.

assosiasie,<sup>49</sup> die reg op privaatheid (in Nederland ook bekend as die reg op die beskerming van die persoonlike lewensfeer)<sup>50</sup> en die reg op vryheid van beroep<sup>51</sup> in.

Die regte aldus in Hoofstuk 1 van die Nederlandse *Grondwet* vervat, geniet in die eerste plek vertikale werking. Direkte horisontale werking van sodanige regte word nie voorsien nie.<sup>52</sup> Indirekte horisontale werking word egter wel in gepaste omstandighede aan hierdie regte toegesê. Kortmann en Bovend'Eert verklaar byvoorbeeld:<sup>53</sup>

"[F]undamental rights are seldom applied in jurisdiction concerning the relationship between one citizen and another. The fundamental rights were not designed for this and their wording is not geared to this relationship. Fundamental rights only enter into the relationships between citizens indirectly, in interpreting open juridical concepts such as the civil law concept of good faith (*goede trouw*). The judge then weighs an interest expressed in a fundamental right against other interests protected by civil law."

Hierdie standpunt ten gunste van indirekte horisontaliteit word verder ondersteun deur die feit dat 'n individu strafregtelik vervolgt kan word indien sy optrede 'n fundamentele reg van 'n ander individu skend terwyl sodanige skending terselfdertyd op die pleeg van 'n misdaad neerkom.<sup>54</sup>

Ten spyte van die indirekte horisontale werking wat oënskynlik in die Nederlandse reg aan

---

<sup>49</sup>Artikel 8 van die Wet.

<sup>50</sup>Artikel 10 van die Wet. Sien ook artikels 11-13 van die Wet.

<sup>51</sup>Artikel 19(3) van die Wet.

<sup>52</sup>Kortmann en Bovend'Eert *The Kingdom of the Netherlands* 130-131.

<sup>53</sup>*The Kingdom of the Netherlands* 131. Sien ook Chorus *et al Introduction to Dutch Law* 246; Prakke *et al Handboek van het Nederlandse Staatsrecht* 223; Kortmann *Constitutioneel Recht* 354.

<sup>54</sup>Kortmann en Bovend'Eert *The Kingdom of the Netherlands* 136; Verheugt *et al Inleiding in het Nederlandse Recht* 61; Bellekom *et al Staatsrecht Compendium* 293.



fundamentele regte toegesê kan word, is sodanige werking nie absoluut nie en kan die beskerming deur dié regte verleen inderdaad in gepaste omstandighede ongedaan gemaak word. Kortmann verklaar byvoorbeeld:<sup>55</sup>

"[D]e in de grondrechten uitgedrukte belangen [prevaleren] niet steeds boven andere. Zo kan...de waarde van de civielrechtelijke contractsvrijheid [eweneens testeervryheid] leiden tot een restrictieve interpretatie van art. 1 Gw [die gelykheidsbepaling] in horizontale verhoudingen en kan een burger afstand doen van aanspraken die hij aan een grondrecht ontleent."

Wat die aktiewe interpretasie en handhawing van die *Grondwet* betref, word die Nederlandse reg gekenmerk deur die afwesigheid van 'n enkele instansie wat vir sodanige interpretasie en handhawing verantwoordelik is. By gebrek aan 'n konstitusionele hof is nòg die regbank nòg enige ander liggaam by magte om veral wetgewing aan 'n grondwetlike toets te onderwerp. Die interpretasie en handhawing van die *Grondwet* word geredelik aan die wetgewer self oorgelaat. Hierdie toedrag van sake word fundeer op artikel 120 van die *Grondwet* wat bepaal:

"De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen."

'n Interessante situasie ten opsigte van regterlike hersiening (en regterlike aktivisme ten opsigte van indirekte horisontaliteit) doen hom egter voor wanneer, naas artikel 120, ook op artikel 94 van die *Grondwet* gelet word. Laasgenoemde artikel belet regters om nasionale wetgewing toe te pas indien sodanige toepassing met onder andere direk-toepaslike bepalings van internasionale verdrae in stryd sal wees:

"Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met iedere verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties."

---

<sup>55</sup>*Constitutioneel Recht* 347.



Die Nederlandse *Grondwet* maak in hierdie verband in artikels 60-67 daarvoor voorsiening dat internasionale verdrae en ooreenkomste waartoe Nederland 'n mede-ondertekenaar is (onder andere die Europese Konvensie van Menseregte) sonder meer deel van die Nederlandse huishoudelike reg vorm. Die bepalings van die Konvensie wat sodoende in Nederland van krag is, werk langs die weg van regterlike hersiening ongetwyfeld die indirekte horisontale werking van die regte vervat in dié bepalings in die hand, soos blyk uit die volgende ontleding van die Nederlandse regsposisie deur Drzemczewski:<sup>56</sup>

"By virtue of these articles, the judiciary has to give precedence to directly applicable (self-executing) provisions of treaties if they conflict with the Constitution [Nederlandse *Grondwet*] itself or with prior or subsequent legislation. The precedence over the Constitution as well as over Acts of Parliament and delegated legislation relates not only to directly applicable provisions of international agreements but also to decisions of international governmental organizations...The Constitution itself therefore authorizes the courts to apply the directly applicable provisions of this treaty [die Konvensie], even against conflicting domestic norms...without requiring any further implementation by legislative or administrative action."

In die lig van al bogenoemde oorwegings blyk die afleiding geregverdig te wees dat fundamentele regte inderdaad in gepaste omstandighede indirekte horisontale werking in die Nederlandse reg geniet. Ten opsigte van die beperking van testeervryheid is dit belangrik om daarop te let dat sodanige beperking geredelik in die Nederlandse reg aan die hand van tersaaklike statutêre voorskrifte en die voorskrifte van die openbare orde en die goeie sedes (*goede zeden*) geskied. Die invloed van fundamentele regte ter beperking van testeervryheid word in die lig van bogenoemde standpunte ten gunste van indirekte horisontaliteit derhalwe hoofsaaklik ervaar wanneer inhoud aan hierdie begrippe gegee word.

---

<sup>56</sup>*European Human Rights Convention in Domestic Law* 88. Sien ook Kortmann en Bovend'Eert *The Kingdom of the Netherlands* 49; Verheugt *et al Inleiding in het Nederlandse Recht* 414; Klerk en Janse de Jonge in Gearty *European Civil Liberties and the European Convention on Human Rights* 122-123; Kortmann *Constitutioneel Recht* 120.



## 7 2 2 2 2    'n Teoretiese perspektief op die invloed van fundamentele regte op voorskriftelike testamentêre bepalings in die Nederlandse reg

Verskeie benaderings kenmerk die Nederlandse reg ten opsigte van die onderhawige onderwerp. Die eerste kwessie wat aldus te berde kom, hou verband met die vraag of 'n voorskriftelike testamentêre bepaling (veral in die vorm van 'n voorwaarde) hoegenaamd fundamentele regte kan skend. In hierdie verband skryf een benadering voor dat 'n voorskriftelike testamentêre bepaling geen beperking op die fundamentele regte van 'n begunstigde teweegbring nie aangesien dit die begunstigde vrystaan om sodanige bepaling te ignoreer en die betrokke fundamentele reg dienoreenkomstig in stand te hou.<sup>57</sup> Die bemaking ingevolge 'n verbeuringsbepaling wat 'n begunstigde byvoorbeeld verplig om nie met 'n Rooms-Katolieke te trou nie, kan derhalwe bloot ingevolge hierdie benadering gerepudieer word - die begunstigde se vryheid van keuse van 'n lewensmaat word sodoende met prysgewing van die bemaking ten volle in stand gehou en die tersaaklike fundamentele reg word derhalwe nie geskend nie.

'n Tweede benadering (wat klaarblyklik deur die meeste Nederlandse skrywers oor die onderhawige onderwerp voorgestaan word) skryf voor dat 'n begunstigde as gevolg van 'n voorskriftelike testamentêre bepaling voor 'n netelige dilemma te staan (kan) kom. Die begunstigde moet naamlik instandhouding van die betrokke fundamentele reg afweeg teen materiële gewin. In die voorbeeld hierbo voorgehou, moet die begunstigde noodgedwonge kies of sy (vrye) keuse van 'n lewensmaat (selfs 'n Rooms-Katolieke) deur materiële gewin aan bande gelê gaan word. Die blote feit dat hy voor hierdie dilemma te staan kom, bring ingevolge die onderhawige benadering mee dat sy keuse van lewensmaat nie meer ten volle vry is nie en dat die tersaaklike fundamentele reg derhalwe geskend word.<sup>58</sup>

Erkenning ingevolge laasgenoemde benadering van die feit dat voorskriftelike testamentêre bepalings inderdaad begunstigdes se fundamentele regte kan skend, bring 'n tweede kwessie te berde, naamlik 'n ondersoek na die subjektiewe en objektiewe benaderings wat in die

---

<sup>57</sup>Kamphuizen 1955 *WPNR* 357.

<sup>58</sup>Kamphuizen 1955 *WPNR* 358.



Nederlandse reg ter oplossing van dié aangeleentheid gevolg word.

Die subjektiewe benadering skryf voor dat, slegs indien dit inderdaad die bedoeling van 'n testateur was om by wyse van materiële aansporing invloed in die private lewe van 'n begunstigde uit te oefen, die betrokke bepaling met ongeldigheid getref moet word.<sup>59</sup> Die objektiewe benadering skryf daarenteen voor dat 'n bepaling ongeldig is indien, objektief beoordeel, dit ongeregverdigde inmenging in 'n begunstigde se private lewe tot gevolg het, ongeag of die testateur sodanige invloed beoog het al dan nie. Indien sodanige invloed wel op die feite van die betrokke geval voorkom, skend die bepaling die tersaaklike fundamentele reg en moet sodanige bepaling met ongeldigheid getref word.<sup>60</sup>

Nie een van laasgenoemde twee benaderings los na die mening van Kamphuizen die onderhawige probleem bevredigend op nie aangesien 'n rigiede toepassing van elke benadering in 'n gegewe situasie kan lei tot 'n resultaat wat nie met die regsgevoel van die gemeenskap te versoen is nie.<sup>61</sup> Hy doen derhalwe aan die hand dat, in die beoordeling van die feite van elke geval, die bedoeling van die testateur en die tersaaklike belange van sowel die testateur as die begunstigdes sorgvuldig oorweeg moet word. By gebrek aan enige vasstelbare belang van 'n testateur in die gepoogde ingryping in die private lewe van 'n begunstigde, behoort 'n voorskriftelike testamentêre bepaling wat sodanige ingryping beoog, nie deur 'n hof in stand gehou te word nie.<sup>62</sup> Kamphuizen rig egter ten slotte 'n waarskuwende woord.<sup>63</sup>

"De probleme, de ik aan de orde heb gesteld, zijn uitermate netelig, vooral, omdat ook de opvattingen omtrent moraal en godsdienst een rol spelen. Verschil van mening kan dan ook niet uitblijven en men kan zelf vaak aarzelen

---

<sup>59</sup>Kamphuizen 1955 *WPNR* 358.

<sup>60</sup>Kamphuizen 1955 *WPNR* 358-359.

<sup>61</sup>1955 *WPNR* 359.

<sup>62</sup>1955 *WPNR* 358.

<sup>63</sup>1955 *WPNR* 359.



omtrent het juiste standpunt. En de rechter krijgt naast zijn moeilijke ambt van praetor de nog subtieler functie van censor morum te vervullen."

### 7 2 2 2 3 Die rol van statutêre voorskrifte, die openbare orde en die goeie sedes ter beperking van testeervryheid in die Nederlandse reg

Die beperking van testeervryheid geskied in die Nederlandse reg in die onderhawige verband onder andere aan die hand van die aard van die betrokke bemaking. Dit beteken dat 'n testamentêre bepaling met nietigheid getref kan word indien die uitvoering daarvan nie aan die hand van die voorskrifte van die openbare orde (reëls ter handhawing van die maatskaplike bestel in staatsbelang) of goeie sedes regverdig kan word nie of indien sodanige uitvoering teen 'n statutêre voorskrif indruis.<sup>64</sup> Die testeervryheid van 'n testateur wat so 'n bemaking in sy testament ingesluit het, word dienooreenkomstig beperk. Die algemene benadering in hierdie verband word in artikel 3: 40 van die *Burgerlijk Wetboek* verwoord:

- "(1) Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig.
- (2) Strijd met een dwingende wetsbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling..."<sup>65</sup>

Hierdie algemene bepaling fundeer verskeie ander artikels van die *Burgerlijk Wetboek* wat in die onderhawige verband ter beperking van testeervryheid relevant is. Artikel 4: 935 van die *Burgerlijk Wetboek* bepaal byvoorbeeld:

"In alle uiterste wilsbeschikkingen worden de voorwaarden, die onverstaanbaar

---

<sup>64</sup>Perrick *Erfrecht* 144.

<sup>65</sup>Artikel 4.3.1.4.1 van die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* bepaal in hierdie verband ten opsigte van die testate erfreg:

"Een uiterste wilsbeschikking, waarvan de inhoud in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig."

of onmogelijk zijn, of de met de wetten en de goede zeden strijden, voor niet geschreven gehouden."

Hierdie artikel skryf onomwonde voor dat, wanneer 'n testamentêre bemaking 'n voorwaarde bevat wat as wederregtelik of teen die goeie sedes aan te merk is, die voorwaarde as *pro non scripto* geag word en die begunstigde die bemaking vry van sodanige voorwaarde verkry.<sup>66</sup>

Artikel 4: 938 van die *Burgerlijk Wetboek* bepaal voorts soos volg:

"De vermelding van eene, het zij ware, het zij valsche, beweegreden, die echter met de wetten of de goede zeden strijd, maakt de erfstelling of het legaat nietig."

Die geheel van 'n testamentêre bemaking kan op grond van hierdie bepaling met ongeldigheid getref word indien sodanige bemaking 'n ongeoorloofde strekking het of indien dit uit die omstandighede van die betrokke geval blyk dat die beweegrede vir of oorsaak van die bemaking wederregtelik is of teen die goeie sedes indruis.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup>Artikel 4: 935 van die *Burgerlijk Wetboek* kom grootliks ooreen met die eerste gedeelte van artikel 4.3.1.6.1 van die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* wat bepaal:

"Een voorwaarde of een last die onmogelijk te vervullen is, of die in strijd met de goede zeden, de openbare orde of een dwingende wetsbepaling, wordt voor niet geschreven gehouden."

<sup>67</sup>Artikel 4.3.1.4.2 van die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* bepaal in hierdie verband:

"Eveneens is een uiterste wilsbeschikking nietig, wanneer voor deze een in uiterste wil vermelde beweegreden die in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, beslissend is geweest."

Die tweede gedeelte van artikel 4.3.1.6.1 van die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* bepaal met verwysing na die voorwaarde of las in noot 66 hierbo genoem:

"De beschikking waaraan de voorwaarde of de last is toegevoeg, is nietig, indien deze de beslissende beweegreden tot de beschikking is geweest."



Die volgende gevalle is in die lig van bogenoemde statutêre voorskrifte al in die Nederlandse reg as wederregtelik of teen die goeie sedes aangemerkt:

- (a) 'n Bepaling wat 'n begunstigde verbied om in die huwelik te tree.<sup>68</sup>
- (b) 'n Bepaling wat die belemmering van die werking van die *legitieme portie* ten doel het.<sup>69</sup>
- (c) 'n Bepaling wat in stryd met artikel 4: 931 van die *Burgerlijk Wetboek* 'n vervreemdingsverbod op bemaakte bates plaas.<sup>70</sup>
- (d) 'n Bepaling wat in stryd met artikel 4: 926 van die *Burgerlijk Wetboek* 'n *fideicommissum* (*making over de hand*) met 'n verpligting tot die bewaring van die bemaakte bate(s) daarstel terwyl sodanige *fideicommissum* nie tuisgebring kan word binne die uitsonderingsgevalle van toelaatbare *makinge over de hand* in artikel 4: 1020 van die *Burgerlijk Wetboek* gelys nie.<sup>71</sup>

Van der Burght beskryf die benadering in die Nederlandse reg tot die onderhawige bepalinge (dikwels in die vorm van testamentêre voorwaardes) soos volg:<sup>72</sup>

"De gebruikelijke voorbeelden van voorwaarden met de goede zeden in strijd, zijn de voorwaarden om te trouwen of niet te trouwen, te hertrouwen of niet te hertrouwen, een geloof te behouden of van geloof te veranderen, een nationaliteit aan te nemen. Men kan nooit van een van deze voorwaarden in abstracto zeggen, dat zij zedelijk of onzedelijk zijn. Alles hangt hier af van

---

<sup>68</sup>Perrick *Erfrecht* 114.

<sup>69</sup>HR 25 Oktober 1985 NJ 1986, 308.

<sup>70</sup>Perrick *Erfrecht* 145. Sien 7 2 2 1 2 ten opsigte van artikel 4: 931.

<sup>71</sup>Perrick *Erfrecht* 145.

<sup>72</sup>Het Nederlands Burgerlijk Wetboek 77-78.

omstandigheden. De erflater kan met een dergelijke voorwaarde beogen ongeoorloofde dwang uit te oefen op beslissingen, waarin een ieder vrij behoort te blijven. Van een dergelijke ongeoorloofde pressie kan de voorwaarde niet te trouwen of niet met een bepaald persoon te trouwen getuigen...Men moet steeds nagaan of in het concrete geval de strekking van de voorwaarde de uitoefening van ongeoorloofde dwang is: de bedoeling van de testateur vormt één van de in de beoordeling te betrekken factoren."

Voorbeelde uit Nederlandse regspraak ten opsigte van die onderhawige soort bepalings is enigsins gering. In 1929 beslis die *Hoge Raad* wel oor die geldigheid van 'n testamentêre verbeuringsbepaling wat poog om die godsdienstige opvoeding van die kinders van 'n erfgenaam te beïnvloed.<sup>73</sup> Die testatrise het naamlik haar pleegkind, Elisabeth Tisper, as enigste erfgenaam benoem maar voorts bepaal dat laasgenoemde haar testamentêre bevoordeling sal verbeur indien enige kind(ers) wat vir haar uit 'n toekomstige huwelik gebore mag word, nie voor hul tweede lewensjaar in die Nederduitse Hervormde Kerk gedoop word nie. Dit het geblyk dat Tisper self as Rooms-Katoliek gedoop is en inderdaad steeds 'n Rooms-Katoliek was. Sy is getroud en het aan ses kinders die lewe geskenk, nie een waarvan in die Nederduitse Hervormde Kerk gedoop is nie. Die vraag na die geldigheid van die onderhawige ontbindende voorwaarde kom diensengevolge voor die *Hoge Raad* te berde.

Die hof laat hom soos volg oor die uitwerking van die voorwaarde uit:<sup>74</sup>

"[D]at de voorwaarde, zoals deze naar hare bewoordingen luidt, met zich medebrengt, dat de erfgename, wanneer zij in het huwelijk trad en kinderen kreeg - welk een en andere redelijkerwijze was te verwachten, in hare vrijlikheid om hare kinderen in overeenstemming met hare godsdienstige overtuiging, althans met haar geweten op te voeden, werd belemmerd, doordien bij de beslissing over de vraag, of die kinderen al dan niet zouden

---

<sup>73</sup>HR 21 Junie 1929 NJ 1325.

<sup>74</sup>HR 21 Junie 1929 NJ 1325 1327-1328.



worden gedoopt, en, zoo ja, bij welk Kerkgenootschap, zich bij haar de overweging zou opdringen, dat haar het eigendomsrecht over de in erfstelling begrepen goederen zou ontgaan, indien de kinderen niet vóór hun tweede jaar in de Nederduitsch Hervormde Kerk werden gedoopt; dat het Hof eene dergelijke belemmering in de persoonlike vrijheid van de erfgename in strijd acht met de goede zeden...dat toch voor de ouders de doop hunner kinderen eene zaak is, die zij vrijelijk overeenkomstig hunne godsdienstige overtuiging behoorden te beslissen, zonder dat overwegingen van geldelijke aard daarbij invloed mogen oefenen."

Die *Hoge Raad* beslis dientengevolge aan die hand van artikel 4: 935 van die *Burgerlijke Wetboek* dat die onderhawige voorwaarde as *pro non scripto* gereken moet word. In 'n nota by bogenoemde uitspraak merk Meijers op:<sup>75</sup>

"Deze beslissing en ook haar principiële motiveering vallen zeer toe te juichen. Het is een begrijpelijk verlangen van erflaters om door middel van hun vermogen nog na hun dood invloed op de daden van hun naasbestaanden uit te oefenen, maar even begrijpelijk is het dat het recht zich tegen deze heerschezucht verzet."<sup>76</sup>

Sneep rig egter 'n waarskuwende woord ten opsigte van Meijers se standpunt deur te beklemtoon dat die onderhawige kwessie slegs aan die hand van 'n ontleding van die

---

<sup>75</sup>HR 21 Junie 1929 NJ 1325 1328.

<sup>76</sup>Dit blyk uit hierdie opmerking dat Meijers die onderhawige saak sien as verteenwoordigend van die subjektiewe benadering hierbo bespreek - na sy mening was dit die bedoeling van die testatrise om invloed in die private lewe van haar erfgenaam uit te oefen en moet die betrokke voorwaarde om hierdie rede as in stryd met die goeie sedes beskou word. Ander skrywers vind die onderhawige saak egter meer verteenwoordigend van die objektiewe benadering - die voorwaarde het, objektief beoordeel, ongeregverdigde inmenging in die begunstigde se private lewe tot gevolg gehad en is dus in stryd met die goeie sedes. Sien byvoorbeeld Coene in *Rimanque Grondrechten in Private Verhoudingen* 325.

besondere feite van die betrokke geval beoordeel moet word.<sup>77</sup>

"Ik meen te mogen betwijfelen of wel zo in het algemeen gesteld kan worden, dat d.g. voorwaarden zijn toe te schrijven aan heerszucht van de erflaters. Kunnen deze niet evenzeer een gevolg zijn van de stem van het geweten van de erflater, die hem zegt zijn vermogen niet te vermaken aan andersdenkenden? Dit zal geval voor geval beslist moeten worden. In geen geval lijkt het mij juist, om a priori steeds poging tot beperking van de gewetensvrijheid van de bevoordeelde te veronderstellen."

### 7 3 DIE BELGIESE REG

#### 7 3 1 Historiese oorsig en die benadering tot testeervryheid in die Belgiese reg

Soos reeds getoon het die moderne Belgiese staat in 1830 tot stand gekom toe België onafhanklikheid van Nederland verkry het. Soos Nederland is België 'n parlementêre monargie en beskik België oor 'n geskrewe *Grondwet* of *Constitution* wat in 1831 in werking getree het.<sup>78</sup> België is soos Nederland met die kodifikasie van sy privaatrek (*burgerlijk recht* of *droit civil*) bekend. Die Franse *Code Civil* (die *Code Napoléon*) van 1804 is in sy geheel as die Belgiese *Burgerlijk Wetboek* oorgeneem.<sup>79</sup> Die Belgiese erfreg word in Titels 1 en 2 (artikels 718 tot 1100) van Boek 3 van die *Burgerlijk Wetboek* aangetref en die "organisasie van de erfovergang dateert nog steeds van 1804".<sup>80</sup>

Testeervryheid (*testeervrijheid* of *le droit de propriété*) vorm een van die grondbeginsels van

---

<sup>77</sup>1949 WPNR 344.

<sup>78</sup>Alen *Treatise on Belgian Constitutional Law* 1-4; Craenen *The Institutions of Federal Belgium* 15; 18-19.

<sup>79</sup>Alen *Treatise on Belgian Constitutional Law* 48.

<sup>80</sup>Puelinckx-Coene *Erfrecht* 30. Sedert 1981 is enkele belangrike wysigings ten opsigte van die erfreg wel aan sekere tersaaklike artikels van die *Burgerlijk Wetboek* aangebring. Sien Puelinckx-Coene *Erfrecht* 30 n 117.



die Belgiese testate erfreg. Puelinckx-Coene verklaar in hierdie verband:<sup>81</sup>

"De decujus kan tijdens zijn leven over zijn goederen beschikken en de wet laat hem ook toe zelf het lot ervan te regelen na zijn dood."

'n Grondwetlike waarborg van private erfopvolging en testeevryheid kom nie in die Belgiese *Grondwet* voor nie. Artikel 11 van dié Wet verleen wel beskerming teen onteining. Hierdie bepaling word soos sy Nederlandse eweknie nie in die Belgiese reg as 'n omvattende waarborg van private eiendomsreg gekonstrueer nie.<sup>82</sup> 'n Waarborg van private erfopvolging en testeevryheid word eweneens nie geredelik van hierdie bepaling afgelei nie.

België is wel mede-ondertekenaar van die Europese Konvensie van Menseregte. Artikel 1 van die Eerste Protokol tot hierdie Konvensie wat diensgevolge in België van krag is, spreek soos reeds getoon die beskerming van eiendomsreg aan. Hierdie artikel bepaal onder andere soos volg:

"Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law..."

In die *Marckx-arrest* kry die Europese Hof van Menseregte die geleentheid om hierdie bepaling in verband met die Belgiese erfreg te ondersoek.<sup>83</sup> Die ongetroude applikant, Paula Marckx, het naamlik die lewe geskenk aan 'n buite-egtelike dogter, Alexandra. Sy rig haar tot die hof as gevolg van verskeie beperkings deur die Belgiese *Burgerlijk Wetboek* op erfopvolging tussen 'n ongetroude moeder en 'n buite-egtelike kind opgelê. Marckx voer onder andere aan dat hierdie beperkings in weerwil van artikel 1 van die Eerste Protokol in

---

<sup>81</sup>*Erfrecht* 281. Sien ook Dillemans *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht: Testamenten* 2.

<sup>82</sup>Vande Lanotte *Overzicht van het Publiekrecht* 307.

<sup>83</sup>*Marckx v Belgium* 13 Junie 1979 Reeks A Volume 31.



die Belgiese reg geld, aangesien dit haar bevoegdheid aan bande lê om vrylik by wyse van 'n testamentêre bemaking aan haar dogter te beskik oor die bates waaroor sy private eiendomsreg uitoefen.

Die meerderheid van die hof beslis dat artikel 1 langs die weg van 'n waarborg van die ongestoorde gebruik van besittings inderdaad 'n waarborg van eiendomsreg verleen. Die beskikkingsbevoegdheid van 'n eienaar wat uit sodanige eiendomsreg voortvloei, word eweneens deur die hof erken. Die hof aanvaar ten slotte dat sodanige beskikkingsbevoegdheid in sowel beskikking *inter vivos* as beskikking *mortis causa* beslag kan kry. Die hof beslis egter dat 'n nasionale wetgewer hierdie beskikkingsbevoegdheid in algemene belang kan beperk en dat die beperking waaroor Marckx haar bekla in die lig van tersaaklike bepalinge van die Belgiese *Burgerlijk Wetboek* derhalwe nie in stryd met artikel 1 van die Eerste Protokol aan te merk is nie.<sup>84</sup>

Dit blyk in die lig van die *Marckx-arrest* dat artikel 1 van die Eerste Protokol tot die Europese Konvensie van Menseregte langs die weg van 'n waarborg van private eiendomsreg inderdaad 'n waarborg van sowel private erfopvolging as testeervryheid verleen. Belgiese skrywers oor die onderwerp verwys dan ook gereedelik na die *Marckx-arrest* ter steun in hierdie verband.<sup>85</sup>

Private eiendomsreg vorm as sodanig egter in elk geval een van die grondbeginsels van die Belgiese sakereg. Private erfopvolging en testeervryheid word in die Belgiese reg gereedelik op die erkenning van private eiendomsreg fundeer. Hierdie toedrag van sake berus hoofsaaklik op artikel 544 van die *Burgerlijk Wetboek* wat bepaal:<sup>86</sup>

"Eigendom is het recht om op de meest volstrekte wijze van een zaak het

---

<sup>84</sup>Lawson en Schermers *Leading Cases of the European Court of Human Rights* 78; Berger *Case Law of the European Court of Human Rights* 118.

<sup>85</sup>Sien byvoorbeeld Coene in Rimanque *Grondrechten in Private Verhoudingen* 313.

<sup>86</sup>Coene in Rimanque *Grondrechten in Private Verhoudingen* 313; Dillemans *Beginselen van Belgisch Privaatrecht: Erfreg* 5.



genot te hebben en daarover te beskikken, mits men er geen gebruik van maakt dat strijdig is met de wetten of met de verordningen."

Puelinckx-Coene verklaar derhalwe in hierdie verband:<sup>87</sup>

"Het erfrecht geeft antwoord op die vraag [naar wie gaan de goederen van een overleden persoon]. Deze vraag word heel wat belangrijker indien men aanvaardt, wat in onze Westerse maatschappijen het geval is, dat een persoon zelf de meest waardevolle goederen, de produktiegoederen, in private eigendom kan bezitten. Erfrecht is dus verbonden met private eigendom."

Testeervryheid staan ook in verband met en word onderskraag deur verskeie ander elemente van die Belgiese testate erfreg. So is testeerbevoegdheid aan die kant van testateurs 'n vereiste vir die geldige verlyding van testamente.<sup>88</sup> Die testeerhandeling moet voorts vry en onbelemmerd plaasvind, met die afwesigheid van dwang, bedrog en dwaling as belangrike oorweging.<sup>89</sup> Die delegasie van testeerbevoegdheid word nie toegelaat nie.<sup>90</sup> Streng formaliteite geld ingevolge die *Burgerlijk Wetboek* langs die weg van sekere standaard testamentsvorme vir die verlyding van testamente, hoofsaaklik ten einde die egtheid van sodanige testamente te verseker.<sup>91</sup> Die Belgiese reg is eweneens nie met 'n kondonasiebevoegdheid ten opsigte van vormgebrekkige testamente bekend nie. Kontraktuele erfopvolging word behoudens enkele uitsonderings nie toegelaat nie.<sup>92</sup> Die veranderlikheid

---

<sup>87</sup>*Erfrecht* 4. Sien ook Coene *et al* *Erfenissen, Schenkingen en Testamenten Aflevering 7 Algemene Bepalingen*: BW Art 893 3.

<sup>88</sup>Coene *et al* *Erfenissen, Schenkingen en Testamenten Aflevering 6 Schenkingen Onder de Levenden of bij Testament*: BW Art 902 3.

<sup>89</sup>Coene *Giften* 13-15.

<sup>90</sup>Dillemans *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht: Testamenten* 47.

<sup>91</sup>Coene *et al* *Erfenissen, Schenkingen en Testamenten Aflevering 4 Beschikkingen bij Testament*: BW Art 975 2 - BW Art 976 17; Dillemans *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht: Testamenten* 95.

<sup>92</sup>Puelinckx-Coene *Erfrecht* 254.



en herroeplikheid van testamente ooreenkomstig die wense van testateurs word erken.<sup>93</sup> Die reëls van die interpretasie van testamente is ten slotte gerig op die vasstelling van die bedoeling van testateurs soos dit uit hul testamente blyk.<sup>94</sup>

### 7 3 2 Die beperking van testeervryheid in die Belgiese reg

In hierdie gedeelte word die beperking van testeervryheid in die Belgiese reg onder die loep geneem. Soos in die beskouing van die Nederlandse reg word twee tersaaklike beperkings ter inleiding oorsigtelik ondersoek ten einde die rol van sosiale en ekonomiese oorwegings ter beperking van testeervryheid in die Belgiese reg te illustreer. In hierdie verband word enersyds op die regsposisie ten opsigte van die vermoënsregtelike beskerming van sekere verwante (die *erfrechtelijke reserve*) gelet. Die ongeldigheid waarmee 'n testamentêre vervreemdingsverbod in die Belgiese reg getref word, word andersyds beskou. Daarna word die benadering in die Belgiese reg tot wederregtelike testamentêre bepalings en testamentêre bepalings wat met die goeie sedes bots, ondersoek.

#### 7 3 2 1 *Die beperking van testeervryheid op grond van sosiale en ekonomiese oorwegings - 'n oorsig oor twee tersaaklike beperkings op testeervryheid in die Belgiese reg*

##### 7 3 2 1 1 Die Belgiese *erfrechtelijke reserve*

Soos die Nederlandse reg veroorloof die Belgiese reg testateurs om by wyse van testament van die voorskrifte van die intestate erfreg (*versterfrecht*) af te wyk. Sekere verwante (wat as intestate erfgename sou kwalifiseer, het die oorledene se boedel *ab intestato* vererf) geniet egter ingevolge wetgewing vermoënsregtelike beskerming teen sowel die toekenning van 'n geringe erfdeel as algehele onderwing deur 'n testateur. Hierdie beskerming neem eweneens die vorm van 'n aanspraak op 'n voorgeskrewe porsie van hul intestate erfdeel uit die

<sup>93</sup>Coene *et al* *Erfenissen, Schenkingen en Testamenten Aflevering 8 Herroeping en Verval van Testamenten*; BW Art 1035 3.

<sup>94</sup>Coene *Giften* 129.



oorledene se boedel aan. Die voorgeskrewe gedeelte word die *erfrechtelijke reserve* genoem, met die aanspraakmakers wat *reservatairen* heet. Die gedeelte van die boedel wat naas die *reserve* staan, word soos in die Nederlandse reg die *beschikbaar deel* genoem.<sup>95</sup>

*Reservatairen* sluit intestate erfgename in sowel die dalende lyn (afstammeling) as stygende lyn (voorouers) in.<sup>96</sup> Sedert 1981 word die oorlewende gade ook onder die *reservatairen* gereken.<sup>97</sup> Die omvang van die aanspraak van *reservatairen* wissel in geval van afstammeling van die helfte tot driekwart van hul intestate erfdeel (met verdere verdeling in geval van plaasvervulling), afhangend van die aantal aanspraakmakers.<sup>98</sup> Voorouers se aanspraak wissel van 'n kwart tot die helfte van hul intestate erfdeel (met verdere verdeling in geval van plaasvervulling), weer eens afhangend van die aantal aanspraakmakers.<sup>99</sup> Die oorlewende gade se *reserve* behels gewoonlik 'n vruggebruik oor die helfte van die boedelbates maar hierdie toekenning is na gelang van die besondere omstandighede aan sekere kwalifikasies onderworpe.<sup>100</sup> Die aanspraak van die *reservatairen* geniet soos dié van die *legitimaris* in die Nederlandse reg nie outomaties van regsweë werking nie. Ten einde die *reserve* te bekom, moet 'n testament waarin beskik word oor sowel die *beschikbaar deel* as die gedeelte van die boedel wat vir die *erfrechtelijke reserve* bestem is, inderdaad betwis word deur 'n beroep op *reserve*-beskerming te doen.<sup>101</sup>

---

<sup>95</sup>Puelinckx-Coene *Erfrecht* 281-282. Sien 7 2 2 1 1 vir die posisie in die Nederlandse reg.

<sup>96</sup>Puelinckx-Coene *Erfrecht* 289-292; Coene *et al Erfenissen, Schenkingen en Testamenten Aflevering 15 Beschikbaar Gedeelte der Goederen: BW Art 914 1*.

<sup>97</sup>Puelinckx-Coene *Erfrecht* 293; Coene *et al Erfenissen, Schenkingen en Testamenten Aflevering 1 Beschikbaar Gedeelte der Goederen: BW Art 915bis 3*.

<sup>98</sup>Puelinckx-Coene *Erfrecht* 289.

<sup>99</sup>Puelinckx-Coene *Erfrecht* 291; Coene *et al Erfenissen, Schenkingen en Testamenten Aflevering 1 Beschikbaar Gedeelte der Goederen: BW Art 915 2-3*.

<sup>100</sup>Puelinckx-Coene *Erfrecht* 293; Coene *et al Erfenissen Schenkingen en Testamenten Aflevering 1 Beschikbaar Gedeelte der Goederen: BW Art 915bis 7*.

<sup>101</sup>Puelinckx-Coene *Erfrecht* 281-282. Vir 'n volledige bespreking van die werking van die *erfrechtelijke reserve* sien Puelinckx-Coene *Erfrecht* 281-392; Dillemans *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht: Toewyding van de Nalatenschap* 239-436.



Die beperking van testeervryheid langs die weg van die *erfrechtelijke reserve* word soos in die Nederlandse reg op veral sosiale maar ook ekonomiese oorwegings fundeer. Die omvattende beskerming wat deur die *reserve* verleen word, dui egter in teenstelling met die posisie in die Nederlandse reg op 'n meer tradisionele familiebegrip wat steeds in die Belgiese reg gehandhaaf word. Puelinckx-Coene verklaar derhalwe met verwysing na die insluiting van die oorlewende gade onder die *reservatairen*:<sup>102</sup>

"Hierdoor word enerzijds de verzorging van de langstlevende gewaarborgd, zodat deze reserve duidelijker dan ooit de individuele bescherming van de reservatairen op de oog heeft. Maar er wordt zodoende ook vermeden dat de goederen definitief de familie verlaten. Er liggen dus zowel alimentaire als socio-politieke motieven aan ten grondslag...Vandag zou men kunnen stellen dat de reserve haar grondslag vindt in de familiale solidariteit, zij wordt trouwens soms omschreven als een verlengstuk van de onderhoudsplicht."

### 7 3 2 1 2 Die ongeldigheid van 'n testamentêre vervreemdingsverbod in die Belgiese reg

Artikel 900 van die *Burgerlijk Wetboek* bepaal:<sup>103</sup>

"In iedere beschikking onder de levenden of bij testament worden de voorwaarden die onmogelijk zijn, of met de wetten of de goede zeden strijden, voor niet geschreven gehouden."

Hierdie bepaling vind onder andere toepassing ten opsigte van testamentêre voorwaardes wat die onvervreembaarheid van bemaakte bates ten doel het. Sodanige voorwaardes kan ingevolge artikel 900 as *pro non scripto* gereken word. Die testeervryheid van 'n testateur wat so 'n voorwaarde in sy testament ingesluit het, word dienooreenkomstig beperk. Die

<sup>102</sup>*Erfrecht* 284-286. Sien ook Coene 1994 *TPR* 1925. Vir 'n omvattende ontleding van die sosio-ekonomiese rol van die erfrechtelijke reserve in die Belgiese reg sien Van Houtte in Stevens *et al De Erfrechtelijke Reserve in Vraag Gesteld* 40-115.

<sup>103</sup>Sien ook 7 3 2 2 3 vir 'n verdere bespreking van hierdie bepaling.



beperking van testeervryheid ten opsigte van 'n testamentêre vervreemdingsverbod langs die weg van die onderhawige bepaling word aan die hand van hoofsaaklik ekonomiese oorwegings regverdig. Coene *et al* verklaar byvoorbeeld:<sup>104</sup>

"Deze voorwaarde wordt, zeker als ze zonder enige beperking wordt opgelegd, nietig geacht, niet alleen om haar inbreuk op het eigendomsrecht (art. 544 B.W.), maar ook en vooral om haar nefaste invloed op het vrij verkeer van de goederen, in ons rechtssysteem een principe van openbare orde."

### 7 3 2 2 *Die benadering in die Belgiese reg tot wederregtelike testamentêre bepalinge en testamentêre bepalinge wat teen die goeie sedes is*

Die onderhawige onderwerp word soos in die beskouing van die Nederlandse reg deur 'n grondwetlike perspektief op die beperking van testeervryheid in die Belgiese reg ingelei. Daarna volg 'n teoretiese perspektief op die invloed van fundamentele regte op voorskriftelike testamentêre bepalinge in die Belgiese reg. Die onderhawige bespreking word afgesluit met 'n ondersoek na die rol van statutêre voorskrifte, die openbare orde en die goeie sedes ter beperking van testeervryheid in die Belgiese reg.

#### 7 3 2 2 1 'n Grondwetlike perspektief op die beperking van testeervryheid in die Belgiese reg

Die Belgiese *Grondwet* het anders as dié van Nederland sedert 1831 weinig verandering ondergaan. Titel 2 van die *Grondwet* waarborg 'n aantal fundamentele regte (*grondrechten* of *les droits de l'homme*).<sup>105</sup> Titel 2 bevat 'n algemene gelykheidsbepaling.<sup>106</sup> Ander

---

<sup>104</sup>*Erfenissen, Schenkingen en Testamenten Aflevering 7 Algemene Bepalinge: BW Art 900 7.*

<sup>105</sup>Die begrip "fundamentele regte" word in navolging van die beskouing van die Nederlandse reg ook ten opsigte van die Belgiese reg gebruik.

<sup>106</sup>Artikel 6 van die Wet.

tersaaklike regte wat aldus gewaarborg word, sluit die reg op privaatheid,<sup>107</sup> die reg op vryheid van uitdrukking,<sup>108</sup> die reg op vryheid van godsdiens,<sup>109</sup> die reg op vryheid van assosiasie<sup>110</sup> en die reg op die gebruik van 'n taal van eie keuse<sup>111</sup> in.

Die regte aldus onder Titel 2 van die Belgiese *Grondwet* vervat, geniet in die eerste plek vertikale werking.<sup>112</sup> Indirekte horisontale werking word egter wel in gepaste omstandighede aan hierdie regte toegesê. Verskeie oorwegings word deur Belgiese skrywers oor dié onderwerp ter fundering van hierdie standpunt voorgehou.

'n Individu kan eerstens ingevolge Belgiese reg strafregtelik vervolgt word indien sy optrede 'n fundamentele reg van 'n ander individu skend terwyl sodanige skending terselfdertyd op die pleeg van 'n misdaad neerkom.<sup>113</sup> Artikels 1382 en 1383 van die *Burgerlijk Wetboek* maak tweedens vir deliktuele aanspreeklikheid voorsiening wanneer 'n individu se optrede 'n fundamentele reg van 'n ander individu skend.<sup>114</sup> Rimanque wys daarop dat die wisselwerking tussen die onregmatige daad en fundamentele regte in die onderhawige verband die netelige kwessie ten opsigte van toestemming tot die skending van sodanige regte in die Belgiese reg te berde bring. Geniet fundamentele regte met ander woorde absolute werking binne die private sfeer of kan sodanige werking deur byvoorbeeld die toestemming van die

---

<sup>107</sup> Artikel 10 van die Wet. Sien ook artikel 22 van die Wet.

<sup>108</sup> Artikel 14 van die Wet. Sien ook artikel 18 van die Wet.

<sup>109</sup> Artikels 14-16 van die Wet.

<sup>110</sup> Artikel 20 van die Wet.

<sup>111</sup> Artikel 23 van die Wet.

<sup>112</sup> Alen *Treatise on Belgian Constitutional Law* 186-187; Craenen *Elementen van Publiekrecht* 129-130; Vande Lanotte *Overzicht van het Publiekrecht* 207.

<sup>113</sup> Alen *Treatise on Belgian Constitutional Law* 187; Rimanque in Rimanque *Grondrechten in Private Verhoudingen* 26; Craenen *Elementen van Publiekrecht* 130.

<sup>114</sup> Alen *Treatise on Belgian Constitutional Law* 187; Rimanque in Rimanque *Grondrechten in Private Verhoudingen* 26; Craenen *Elementen van Publiekrecht* 130.



slagoffer negeer word?<sup>115</sup> Die skrywer gee in oorweging dat, ooreenkomstig die beginsels van die deliktereg, toestemming inderdaad die skuldelement (in Suid-Afrikaanse verband eerder die onregmatigheidselement) van die onregmatige daad negeer en dat die slagoffer hom derhalwe nie oor 'n skending van sy fundamentele regte kan bekla indien hy tot sodanige skending toegestem of van die betrokke reg(te) afstand gedoen het nie.<sup>116</sup> 'n Dreigende of voortgaande skending van fundamentele regte kan derdens by wyse van hofaansoek verbied of verhinder word.<sup>117</sup> Regshandelinge wat fundamentele regte aantast, word vierdens geredelik in die Belgiese reg as wederregtelik of in stryd met die goeie sedes getipeer en derhalwe as nietig aangemerkt. Ten opsigte van testamentêre bepalings word in hierdie verband veral op artikel 900 van die *Burgerlijk Wetboek* gesteun.<sup>118</sup> Ten slotte ondersteun sekere algemene regsbeginne van die Belgiese reg (byvoorbeeld onpartydigheid van regsprekers) ook die beskerming van fundamentele regte in die private sfeer.<sup>119</sup>

Wat die aktiewe interpretasie en handhawing van die *Grondwet* betref, het België soos Nederland aanvanklik nie oor 'n konstitusionele hof beskik wat vir sodanige interpretasie en handhawing van die *Grondwet* verantwoordelik was nie.<sup>120</sup> Belgiese howe was derhalwe soos hul Nederlandse eweknieë nie by magte om die grondwetlikheid van veral wetgewing te toets nie. Hierdie toedrag van sake spruit uit 'n beslissing in 1849 deur die *Hof van Cassatie* of *Cour de Cassation* (die hoogste regsprekende gesag in België) dat die handhawing van die *Grondwet* by die wetgewer eerder as by die howe berus - die sogenaamde beginsel van "Onskendbaarheid van die Wet".<sup>121</sup> In 1950 beslis die *Hof van Cassatie* egter dat,

---

<sup>115</sup>In Rimanque *Grondrechten in Private Verhoudingen* 26.

<sup>116</sup>In Rimanque *Grondrechten in Private Verhoudingen* 27.

<sup>117</sup>Rimanque in Rimanque *Grondrechten in Private Verhoudingen* 27.

<sup>118</sup>Rimanque in Rimanque *Grondrechten in Private Verhoudingen* 27. Sien 7 3 2 2 3 ten opsigte van artikel 900 van die *Burgerlijk Wetboek*.

<sup>119</sup>Rimanque in Rimanque *Grondrechten in Private Verhoudingen* 30.

<sup>120</sup>Alen *Treatise on Belgian Constitutional Law* 34-35. Sien 7 2 2 2 1 vir die posisie in die Nederlandse reg.

<sup>121</sup>*Cass* 23 Julie 1849 *Pas* 1849, I 443. Sien ook Alen *Treatise on Belgian Constitutional Law* 109; Craenen *The Institutions of Federal Belgium* 155.



indien die bedoeling van die wetgewer in 'n bepaalde geval onduidelik is, 'n hof redelikerwys kan aanneem dat die wetgewer nie bedoel het om in stryd met die *Grondwet* te handel nie.<sup>122</sup> Hierdie beslissing het dit vir Belgiese howe moontlik gemaak om die reg in die lig van die *Grondwet* te interpreteer en toe te pas.<sup>123</sup> Nadat België die Europese Konvensie van Menseregte onderteken het, is uitvoerende en wetgewende stappe gedoen ten einde die Konvensie met die status van 'n huishoudelike Belgiese wet te beklee. In 1971 beslis die *Hof van Cassatie* in die *Fromagerie Franco-Suisse "Le Ski"-saak* (die sogenaamde "smeerkaas-arrest") dat alle direk-toepaslike internasionale verdrae voorrang bo België se nasionale reg geniet.<sup>124</sup> 'n Direk-toepaslike verdrag soos die Europese Konvensie van Menseregte geniet in hierdie lig in gepaste omstandighede voorrang bo selfs die Belgiese *Grondwet*.<sup>125</sup> Alen verduidelik die netelige probleem ten opsigte van regterlike hersiening wat hom ten gevolge van hierdie ontwikkeling in die Belgiese reg voorgedoen het, soos volg:<sup>126</sup>

"It led to the paradoxical situation of a court having to refuse to apply a law conflicting with fundamental rights guaranteed by a self-executing international treaty [soos die Konvensie], yet not having the authority to examine national legislation for compatibility with the constitutionally guaranteed rights and liberties."

Hierdie leemte is in 1984 met die daarstelling van 'n konstitusionele hof, die *Arbitragehof* of *Cour d'Arbitrage*, gevul. Hierdie hof beskik egter slegs oor beperkte hersieningsbevoegdhede ten opsigte van wetgewing.<sup>127</sup> Bogenoemde ontwikkelingsgeskiedenis word deur Alen as

<sup>122</sup>Cass 20 April 1950 (*Waleffe*) Pas 1950, I 560. Sien ook Alen *et al* *Publiekrecht* 56.

<sup>123</sup>Alen *Treatise on Belgian Constitutional Law* 109.

<sup>124</sup>Cass 27 Mei 1971 JT 1971, 460. Sien ook Alen *et al* *Publiekrecht* 48-49; 77.

<sup>125</sup>Alen *Treatise on Belgian Constitutional Law* 8; 29; Craenen *The Institutions of Federal Belgium* 155.

<sup>126</sup>*Treatise on Belgian Constitutional Law* 110.

<sup>127</sup>Alen *Treatise on Belgian Constitutional Law* 110; Craenen *Elementen van Publiekrecht* 51-53; Alen *et al* *Publiekrecht* 50-51.



tekenend van 'n tempering van die eertydse beginsel van "Onskendbaarheid van die Wet" in België getipeer - 'n ontwikkeling wat vir dié skrywer 'n beweging in die rigting van die indirekte horisontale werking van fundamentele regte verteenwoordig.<sup>128</sup>

In die lig van al bogenoemde oorwegings blyk die afleiding geregverdig te wees dat die Belgiese reg inderdaad ruimte laat vir die indirekte horisontale werking van fundamentele regte. Coene vind ten opsigte van die testate erfreg regverdiging vir hierdie standpunt in een van die teoretiese grondslae wat die horisontale werking van grondwetlike regte fundeer.<sup>129</sup> Sy voer naamlik aan dat magmisbruik in die private sfeer (in die onderhawige verband juis in die verhouding tussen testateur en begunstigde(s)) sodoende bekamp kan word.<sup>130</sup>

"Het komt mij voor dat ook tussen testator en legataris geen werkelijke verhouding van gelijkheid bestaat en dat het recht dat een eigenaar van goederen heeft om vrij over die goederen te beschikken hem een zekere machtspositie t.a.v. de (kandidaat) begunstigde zou kunnen geven die hij kan aanwenden om invloed uit te oefenen op diens intieme levensfeer."

In Belgiese regspraak kom geen gevalle egter voor waar 'n regstreekse beroep ter beperking van testeervryheid op relevante bepalinge van die *Grondwet* of die Europese Konvensie van Menseregte gedoen is nie.<sup>131</sup> Die beperking van testeervryheid geskied in die Belgiese reg eerder aan die hand van tersaaklike statutêre voorskrifte (*de wet* of *la loi*) en die voorskrifte van die goeie sedes (*de goede zeden* of *bonnes moeurs*). Die invloed van fundamentele regte ter beperking van testeervryheid word in die lig van bogenoemde standpunte ten gunste van indirekte horisontaliteit hoofsaaklik ervaar wanneer inhoud aan hierdie begrippe gegee

---

<sup>128</sup>*Treatise on Belgian Constitutional Law* 8; 30; 110. Sien ook Craenen *The Institutions of Federal Belgium* 155; Alen *et al Publiekrecht* 56.

<sup>129</sup>Sien 5 2 1 2.

<sup>130</sup>In Rimanque *Grondrechten in Private Verhoudingen* 315.

<sup>131</sup>Coene in *Grondrechten in Private Verhoudingen* 315.

word.<sup>132</sup>

#### 7 3 2 2 2     'n Teoretiese perspektief op die invloed van fundamentele regte op voorskriftelike testamentêre bepalinge in die Belgiese reg

Die Belgiese reg word ten opsigte van die onderhawige onderwerp deur soortgelyke benaderings as die Nederlandse reg gekenmerk.<sup>133</sup> Enersyds word van die standpunt uitgegaan dat 'n voorskriftelike testamentêre bepaling (veral in die vorm van 'n voorwaarde) nie noodwendig die skending van fundamentele regte teweegbring nie aangesien dit 'n begunstigde vrystaan om sodanige bepaling te ignoreer en die betrokke fundamentele reg dienoreenkomstig in stand te hou.<sup>134</sup> Andersyds word geargumenteer dat 'n begunstigde as gevolg van 'n voorskriftelike testamentêre bepaling voor 'n netelige dilemma te staan (kan) kom. Die begunstigde moet naamlik instandhouding van die betrokke fundamentele reg afweeg teen die materiële gewin wat die betrokke bepaling inhou. Hierdie dilemma bring as sodanig mee dat die vrye uitoefening van die fundamentele reg in gedrang kom.<sup>135</sup>

Erkenning ingevolge laasgenoemde benadering van die feit dat voorskriftelike testamentêre bepalinge inderdaad begunstigdes se fundamentele regte kan skend, bring soos in die Nederlandse reg 'n tweede kwessie te berde, naamlik 'n ondersoek na die subjektiewe en objektiewe benaderings wat in die Belgiese reg ter oplossing van dié aangeleentheid aangetref word.

Die subjektiewe benadering skryf voor dat die betrokke testamentêre bepaling met ongeldigheid getref sal word slegs indien dit inderdaad die bedoeling van 'n testateur was om

---

<sup>132</sup>Coene in Rimanque *Grondrechten in Private Verhoudingen* 316; Alen *et al Publiekrecht* 176.

<sup>133</sup>Sien 7 2 2 2 2 vir die posisie in die Nederlandse reg.

<sup>134</sup>Coene in Rimanque *Grondrechten in Private Verhoudingen* 320.

<sup>135</sup>Coene in Rimanque *Grondrechten in Private Verhoudingen* 320.



by wyse van materiële aanspooring invloed in die private lewe van 'n begunstigde uit te oefen.<sup>136</sup> Aangesien die subjektiewe benadering op die bedoeling van die testateur fokus, bied dit volgens Coene nie effektiewe beskerming aan fundamentele regte nie. Ouer Belgiese regspraak waarin hierdie benadering gevolg is ten opsigte van onder andere testamentêre voorwaardes wat 'n begunstigde verplig om met 'n spesifieke persoon of bepaalde tipe persoon te trou, dui naamlik op 'n bereidwilligheid om die betrokke voorwaardes in stand te hou aangesien die testateur klaarblyklik nie bedoel het om die begunstigde se keuse van lewensmaat heeltemal aan bande te lê nie. Hedendaags word egter geredelik in België aanvaar dat sodanige voorwaardes inderdaad die fundamentele regte van begunstigdes kan skend.<sup>137</sup>

Die objektiewe benadering skryf daarenteen voor dat 'n bepaling ongeldig is indien, objektief beoordeel, dit ongeregverdigde inmenging in 'n begunstigde se private lewe tot gevolg het, ongeag of 'n testateur sodanige invloed beoog het al dan nie. Indien sodanige inmenging wel op die feite van die betrokke geval voorkom, skend die bepaling die tersaaklike fundamentele reg en moet sodanige bepaling met ongeldigheid getref word.<sup>138</sup> Die objektiewe benadering word geredelik in Franse regspraak aangetref en enkele voorbeelde kom ook in die Nederlandse regspraak voor.<sup>139</sup> Coene wys tereg daarop dat die objektiewe benadering nie tot gevolg het dat iedere bepaling wat trag om invloed in die private lewe van 'n begunstigde uit te oefen, meteens ongeldig is nie. 'n Voorwaardelike bemaking wat 'n begunstigde byvoorbeeld tot 'n bepaalde gedraging binne die private sfeer verplig nadat sodanige begunstigde self reeds ten opsigte van sodanige gedraging tot 'n besluit gekom het, sal steeds ingevolge die objektiewe benadering as geldig geag word aangesien die voorwaarde in so 'n

---

<sup>136</sup>Coene in Rimanque *Grondrechten in Private Verhoudingen* 321; Coene *et al Erfenissen, Schenkingen en Testamenten Aflevering 7 Algemene Bepalingen: BW Art 900* 9. Sien Cass 28 April 1977 *Pas* 1977, I 887; *Rec gén* 1979, 148 nr 22373; Brussel 17 Mei 1950 *Rev Prat Not* 1950, 185.

<sup>137</sup>In Rimanque *Grondrechten in Private Verhoudingen* 324.

<sup>138</sup>Coene in Rimanque *Grondrechten in Private Verhoudingen* 325.

<sup>139</sup>Sien 7 2 2 2 3 vir 'n bespreking van die Elisabeth Tisper-saak.



geval die uitvoering eerder as die beïnvloeding van die begunstigde se besluit ten doel het.<sup>140</sup> Kleinerige voorwaardelike bemakings sal ook nie geredelik ingevolge die objektiewe benadering as 'n poging aangemerkt word om 'n begunstigde te beïnvloed ten opsigte van private aangeleenthede wat op fundamentele regte fundeer word nie.<sup>141</sup>

Ook die objektiewe benadering gaan egter nie vry van kritiek nie. Die vernaamste nadeel wat hierdie benadering inhou, is enersyds te vinde in die omvangryke beperking van testeervryheid wat dit tot gevolg kan hê en andersyds in die nodigheid wat deur dié benadering in die hand gewerk word om 'n rangorde van fundamentele regte op te stel - sekere regte wat testeervryheid kan troef en andere wat weer voor testeervryheid die knie moet buig.<sup>142</sup>

Coene wys in haar beoordeling van bogenoemde twee benaderings tereg daarop dat 'n testament wesenlik 'n dokument is waarmee die lot van boedelbates na die dood van 'n testateur bepaal word - dit dien nie in die eerste plek as instrument om invloed in die private lewens van testamentêre begunstigdes uit te oefen nie. Hierde feit in ag genome, kan dit egter volgens Coene nie as algemene uitgangspunt gestel word dat ieder en elke inbreuk op fundamentele regte langs die weg van voorskriftelike testamentêre bepalinge noodwendig in stryd met die openbare orde of die goeie sedes is nie. Die oplossing moet eerder in die besondere omstandighede van die betrokke geval gesoek word - is daar op die feite van die geval 'n inbreuk op fundamentele regte teenwoordig? In hierdie verband bied sowel die subjektiewe as die objektiewe benadering hierbo bespreek na die mening van Coene geen bevredigende antwoord nie. Sy gee derhalwe soos Kamphuisen in sy beoordeling van die ooreenstemmende posisie in die Nederlandse reg in oorweging dat, in die beoordeling van die feite van die geval, die bedoeling van die testateur en die tersaaklike regte en belange van

---

<sup>140</sup>So byvoorbeeld sal 'n testamentêre voorwaarde wat 'n begunstigde verplig om 'n priester te word nie noodwendig in stryd met die begunstigde se reg op vryheid van beroep of professie geag word nie indien die begunstigde reeds voor die testateur se dood in 'n kweekskool opgeneem is. Sien Grenoble 22 Desember 1925 DP 1926.2.83; S, 1926.2.270.

<sup>141</sup>In Rimanque *Grondrechten in Private Verhoudingen* 326.

<sup>142</sup>Coene in Rimanque *Grondrechten in Private Verhoudingen* 330.



sowel die testateur as die begunstigdes sorgvuldig oorweeg moet word.<sup>143</sup> By gebrek aan enige vasstelbare belang van 'n testateur in die beoogde ingryping in die private lewe van 'n begunstigde behoort 'n voorskriftelike testamentêre bepaling wat sodanige ingryping beoog, nie deur 'n hof goedgekeur te word nie. Daarenteen behoort 'n bepaling in die testament van 'n man wat die verbeuring van testamentêre voordele by hertroue van sy oorlewende eggenoot in belang van die kinders gebore uit hul huwelik bewerkstellig, nie sonder meer as 'n inbreuk op die oorlewende eggenoot se fundamentele reg tot huweliksluiting gesien te word nie, aangesien die manlike testateur 'n regmatige inspraak in die materiële belange van sy (eie) kinders het. Coene wys hierbenewens daarop dat testeervryheid per definisie op voorkeur en derhalwe op ongelyke behandeling berus - niemand geniet regtens 'n aanspraak op die welwillendheid van 'n testateur nie en (potensiële) begunstigdes moet dus somtyds noodgedwonge vir lief neem met wat hulle as benadeling deur 'n testateur sien.<sup>144</sup>

#### **7 3 2 2 3     Die rol van statutêre voorskrifte, die openbare orde en die goeie sedes ter beperking van testeervryheid in die Belgiese reg**

Die beperking van testeervryheid geskied in die Belgiese reg soos in die Nederlandse reg onder andere op grond van die oorweging dat die uitvoering van 'n bemaking nie aan die hand van die openbare orde of die goeie sedes regverdig kan word nie of dat sodanige uitvoering teen 'n statutêre voorskrif indruis.<sup>145</sup> Die testeervryheid van 'n testateur wat so 'n bemaking in sy testament ingesluit het, word dienooreenkomstig beperk. Hierdie benadering word fundeer op artikel 6 van die *Burgerlijk Wetboek* wat bepaal:

"Aan de wetten die de openbare orde en de goede zeden betreffen, kan door bijzondere overeenkomst geen afbreuk worden gedaan."

Hierdie bepaling onderskraag verskeie ander artikels van die *Burgerlijk Wetboek* wat in die

---

<sup>143</sup>Sien ook De Wilde en Van den Hove *Erfenissen en Testamenten* 135.

<sup>144</sup>In Rimanque *Grondrechten in Private Verhoudingen* 329-332.

<sup>145</sup>Dillemans *Beginselen van Belgisch Privaatrecht: Testamenten* 326. Sien 7 2 2 2 3 vir die posisie in die Nederlandse reg.



onderhawige verband ter beperking van testeervryheid relevant is. Artikel 900 van die *Burgerlijk Wetboek* bepaal byvoorbeeld:

"In iedere beschikking onder de levenden of bij testament worden de voorwaarden die onmogelijk zijn, of met de wetten of de goede zeden strijden, voor niet geschreven gehouden."

Coene toon dat hierdie bepaling 'n "sterk politiek geladen gesiedenis" het. Dit is terug te voer na Franse wetgewing van 1791 waardeur voorkom wou word dat nuut-verworwe regte en vryhede, onder andere politieke gelykheid, vryheid van denke en mening, die uitoefening van politieke regte en die vryheid tot huweliksluting tussen die verskillende klasse, deur materiële gewin soos vervat in voorskriftelike testamentêre voorwaardes negeer word.<sup>146</sup>

Artikel 900 van die *Burgerlijk Wetboek* word fundeer op die openbare orde en 'n regter kan hom dus ampshalwe in gepaste omstandighede daarop verlaat. Daar kan derhalwe nie aan die werking van hierdie artikel ontkom word nie.<sup>147</sup> Uit die bewoording van die artikel blyk dit duidelik dat, wanneer 'n bemaking 'n voorwaarde bevat wat as wederregtelik of teen die goeie sedes aan te merk is, die voorwaarde as *pro non scripto* geag word en die begunstigde die bemaking vry van sodanige voorwaarde verkry.

Artikels 1131 en 1133 van die *Burgerlijk Wetboek* bepaal voorts soos volg:

"Een verbintenis, aangegaan zonder oorzaak of uit een valse oorzaak of uit een ongeoorloofde oorzaak, kan geen gevolg hebben."

"De oorzaak is ongeoorloofd, wanneer zij door de wet verboden is, of wanneer zij strydig is met de goede zeden of met de openbare orde."

---

<sup>146</sup>In Rimanque *Grondrechten in Private Verhoudingen* 318; *Giften* 77.

<sup>147</sup>Coene *et al* *Erfenissen, Schenkingen en Testamenten Aflevering 7 Algemene Bepalingen: BW Art 900* 3.



Hierdie bepalings, alhoewel nie as sodanig ten opsigte van die testate erfreg van krag nie, word geredelik gebruik ten einde die geheel van testamentêre bemakings met ongeldigheid te tref indien sodanige bemakings 'n ongeoorloofde strekking het of indien dit uit die omstandighede van die betrokke geval blyk dat die beweegrede vir of oorsaak van die bemaking wederregtelik is of teen die openbare orde of die goeie sedes indruis.<sup>148</sup>

Die volgende gevalle is in die lig van bogenoemde statutêre voorskrifte al in die Belgiese reg as wederregtelik, teen die openbare orde of die goeie sedes aangemerkt:

- (a) 'n Voorwaarde wat 'n begunstigde verplig om 'n bepaalde beroep te kies of nie te kies nie.<sup>149</sup>
- (b) 'n Voorwaarde wat die belemmering van die werking van die *erfrechtelijke reserve* ten doel het.<sup>150</sup>
- (c) 'n Voorwaarde wat 'n omseiling van die verbod teen kontraktuele erfopvolging in artikel 1130 van die *Burgerlijk Wetboek* ten doel het.<sup>151</sup>
- (d) 'n Voorwaarde wat 'n vervreemdingsverbod op bemaakte bates plaas.<sup>152</sup>
- (e) 'n Voorwaarde wat 'n begunstigde verbied om in die huwelik te tree of 'n egskeiding

---

<sup>148</sup>Coene *et al* *Erfenissen, Schenkingen en Testamenten Aflevering 7 Algemene Bepalingen*: BW Art 893 27-28; BW Art 900 3-4; Coene in Rimanque *Grondrechten in Private Verhoudingen* 327.

<sup>149</sup>Brussel 15 April 1902 *Rev Prat Not* 1902, 524; Brussel 10 Februarie 1904 *BJ* 1904, 561; Rb Hasselt 19 April 1905 *Rev Prat Not* 1906, 11; Rb Charleroi 18 November 1911 *Rev Prat Not* 1912, 307.

<sup>150</sup>Rb Neufchâteau 4 Februarie 1981 *Rec Gén Enr Not* 1982, 262 nr 22758; *JT* 1981, 492.

<sup>151</sup>Brussel 22 Oktober 1969 *Pas* 1970, II 13; *Rev Not B* 1971, 453.

<sup>152</sup>Luik 4 Julie 1951 *Pas* 1952, II 72; Rb Brussel 8 Mei 1980 *Rev Not B* 1981, 374.

te kry.<sup>153</sup>

De Wilde en Van den Hove noem in aansluiting by bogenoemde ook die volgende gevalle wat na hulle mening na gelang van omstandighede as voorbeelde aangemerkt kan word van wederregtelike testamentêre voorwaardes of testamentêre voorwaardes wat teen die goeie sedes is:<sup>154</sup>

- (a) 'n Voorwaarde wat 'n begunstigde verplig om met 'n bepaalde persoon te trou.
- (b) 'n Voorwaarde wat ouerlike gesag beperk, byvoorbeeld 'n voorwaarde wat ouers verplig om hul kind aan die hand van 'n bepaalde godsdienst op te voed.
- (c) 'n Voorwaarde wat die vryheid van verblyf beperk, byvoorbeeld 'n voorwaarde wat 'n begunstigde verplig om op 'n bepaalde plek te woon.
- (d) 'n Voorwaarde wat 'n begunstigde se vrye keuse van beroep of bedryf beperk.

Die ongeldigheid waarmee die geheel van testamentêre bepalinge ingevolge artikels 6, 1131 en 1133 van die *Burgerlijk Wetboek* getref kan word indien die beweegrede vir of oorsaak van sodanige bemaking as ongeoorloofde aangemerkt kan word, laat die vraag ontstaan of ook uit-en-uit onderwing in die Belgiese reg met ongeldigheid getref kan word indien sodanige onderwing deur 'n ongeoorloofde beweegrede gemotiveer is, in die besonder indien onderwing geskied het aan die hand van oorwegings wat met die fundamentele regte van die onderwerfde verband hou. Stemme ten gunste van so 'n benadering het al in die Belgiese reg opgegaan.<sup>155</sup> 'n Netelige struikelblok in die weg van sodanige werkswyse is uiteraard geleë in die oorweging dat dit moeilik (dikwels onmoontlik) is om die bedoeling of beweegrede van 'n testateur ten opsigte van onderwing uit sy testament vas te stel. Coene argumenteer dat hierdie praktiese

---

<sup>153</sup>Coene *et al* *Erfenissen, Schenkingen en Testamenten Aflevering 7 Algemene Bepalingen: BW Art 900 9*.

<sup>154</sup>*Erfenissen en Testamenten* 135-136. Sien ook Coene *Giften* 78.

<sup>155</sup>Coene in Rimanque *Grondrechten in Private Verhoudings* 327.



beswaar egter nie aan die beginselstandpunt ten opsigte van die ongeldigheid van onderwing in stryd met fundamentele regte afbreuk behoort te doen nie.<sup>156</sup>

Tenstanders van bogenoemde benadering wys geredelik op die aanvaarde beginsel van die Belgiese testate erfreg dat testateurs ten opsigte van die *beschikbaar deel* van hul boedels erfgename na willekeur kan instel of onderf. Tog word aanvaar dat die uitoefening van hierdie vryheid formeel begrens kan word (byvoorbeeld deur artikel 900 van die *Burgerlijk Wetboek*) en dat sodanige uitoefening eweneens nie in stryd met die openbare belang of die goeie sedes kan geskied nie.<sup>157</sup> Dit blyk in hierdie lig dat die Belgiese reg inderdaad ruimte laat vir die aanvegting van onderwing, veral indien sodanige onderwing geskied het aan die hand van oorwegings wat met die onderfde se fundamentele regte verband hou.

## 7 4 DIE DUITSE REG

### 7 4 1 Historiese oorsig en die benadering tot testeervryheid in die Duitse reg

Die Duitse staat (die Tweede Duitse Ryk) het in sy moderne gedaante na afloop van die Frans-Pruisiese Oorloë tot stand gekom met unifikasie van die Noord-Duitse Federasie (die eertydse *Deutscher Bund*) en die Suid-Duitse State in 1871.<sup>158</sup> Hierdie politieke unifikasie van die *Deutsches Reich* het die strewe na 'n eenvormige regstelsel in die hand gewerk. Reeds voor unifikasie is in die rigting van sodanige eenvormigheid beweeg deur middel van die Duitse Tolverbond (*Deutscher Zollverein*) van 1833. In 1848 is 'n eenvormige wisselreg in die *Allgemeine Deutsche Wechselordnung* vervat terwyl byna al die state van die *Deutscher Bund* tussen 1861 en 1866 die *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* ter kodifisering van die handelsreg aanvaar het.<sup>159</sup> Eenvormigheid op die gebied van die regspleging het na 1871

---

<sup>156</sup>In Rimanque *Grondrechten in Private Verhoudingen* 328.

<sup>157</sup>Coene in Rimanque *Grondrechten in Private Verhoudingen* 328.

<sup>158</sup>Zimmermann in Ebke en Finkin *Introduction to German Law* 1; Foster *German Legal System and Laws* 21.

<sup>159</sup>Zimmermann in Ebke en Finkin *Introduction to German Law* 5; Foster *German Legal System and Laws* 21.



geredelik plaasgevind en is in 1879 volvoer met opening van die *Reichsgericht*, die hoogste Duitse hof van appèl in siviele en strafsake.<sup>160</sup> Die ontwikkeling op bogenoemde gebiede het kennelik die drang na 'n eenvormige stelsel van Duitse privaatrecht (*Bürgerliches Recht*) langs die weg van kodifikasie in die hand gewerk. Sodanige eenvormigheid is in 1900 bereik met inwerkingtreding van die *Bürgerliches Gesetzbuch*.<sup>161</sup>

Die Eerste Wêreldoorlog (1914-1918) het dramatiese veranderinge in die Duitse politieke en staatkundige bestel tot gevolg gehad. Na afloop van dié oorlog is 'n kortstondige parlementêre monargie in Duitsland gevestig. Hierdie bestel is kort voor lank deur die parlementêre demokrasie van die Weimar Republiek vervang. Die Weimar Republiek het oor 'n grondwet beskik waarin 'n aantal fundamentele of basiese regte vervat is. Hierdie regte is egter as beginsels eerder as regte in die ware sin van die woord uitgedruk en het derhalwe baie beperkte beskerming aan Duitse burgers verleen.<sup>162</sup> Die *Bürgerliches Gesetzbuch* het behoue gebly en die werking daarvan is aangepas waar nodig ten einde na-oorlogse omstandighede ten beste aan te spreek. Bewindsoorname deur die Nasionaal-Sosialiste in 1933 het die totstandkoming van die totalitêre Derde Duitse Ryk tot gevolg gehad. Tydens die Nazi-regime was die regte van die individu ten volle ondergeskik aan die belange van die staat aangesien geoordeel is dat alle regsreëls ooreenkomstig die *Führer* se bevel in staatsbelang moes funksioneer.<sup>163</sup>

Na Nazi-Duitsland se nederlaag in die Tweede Wêreldoorlog (1939-1945) is die Duitse staat deur die geallieerde magte verdeel, welke verdeling in 1949 tot die daarstelling van die Federale Republiek van Duitsland (Wes-Duitsland) en die Duitse Demokratiese Republiek

---

<sup>160</sup>Zimmermann in Ebke en Finkin *Introduction to German Law* 6; Foster *German Legal System and Laws* 21-22.

<sup>161</sup>Zimmermann in Ebke en Finkin *Introduction to German Law* 6; Foster *German Legal System and Laws* 22-23.

<sup>162</sup>Foster *German Legal System and Laws* 24-26.

<sup>163</sup>Zimmermann in Ebke en Finkin *Introduction to German Law* 24-26; Foster *German Legal System and Laws* 27.



(Oos-Duitsland) gelei het.<sup>164</sup> Eersgenoemde het die *Grundgesetz* (die sogenaamde "Basic Law") as funderende dokument aanvaar. Hereniging van die twee Duitse state het in 1990 plaasgevind met die *Grundgesetz* wat (met enkele veranderings) steeds as funderende dokument funksioneer en met die *Bürgerliches Gesetzbuch* wat (eweneens met enkele veranderings) steeds as kodifikasie van die Duitse privaatrek dien.<sup>165</sup>

Die Duitse erfrek is ontleen aan die reëls en beginsels van sowel die Romeinse as Germaanse erfrek.<sup>166</sup> Hierdie reëls en beginsels is gekodifiseer en word in Boek 5 van die *Bürgerliches Gesetzbuch* aangetref. Erfopvolging geniet grondwetlike beskerming by wyse van artikel 14(1) van die *Grundgesetz* wat bepaal:

"Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt."<sup>167</sup>

Hierdie artikel verleen enersyds 'n institusionele waarborg ten opsigte van die instelling van private erfopvolging (*Privaterbrecht*) as sodanig - die sogenaamde *Erbrechtgarantie*. In hierdie verband stel dit erfopvolgers in staat om sonder meer in die nalatenskap van 'n erflater te deel. Die artikel verleen andersyds 'n waarborg ten opsigte van 'n erflater se reg om erfopvolgers vry van onregmatige staatsinmenging aan te wys. In hierdie verband stel dit 'n erflater in staat om vrylik oor sy nalatenskap ten gunste van erfopvolgers van sy keuse te beskik.<sup>168</sup> Artikel 14(1) waarborg egter benewens die regte van die erflater en erfopvolgers ook die objektiewe geheel van norme wat die oordrag van regte by 'n persoon

---

<sup>164</sup>Hailbronner en Hummel in Ebke en Finkin *Introduction to German Law* 43.

<sup>165</sup>Hailbronner en Hummel in Ebke en Finkin *Introduction to German Law* 43-45.

<sup>166</sup>Ebenroth en Auer in Ebke en Finkin *Introduction to German Law* 273.

<sup>167</sup>"Eiendom en die reg op erfopvolging word gewaarborg. Hul inhoud en begrensing sal deur die wet bepaal word." (My vertaling).

<sup>168</sup>Ebenroth en Auer in Ebke en Finkin *Introduction to German Law* 274; Leipold *Erbrecht* 25; Ebenroth *Erbrecht* 31; Brox *Erbrecht* 16.



se dood beheers.<sup>169</sup> De Waal wys tereg op die belangrike verband wat die onderhawige artikel tussen private eiendomsreg en private erfopvolging in die Duitse reg daarstel. Dieselfde artikel beskerm naamlik sowel die private eiendomsreg van 'n eienaar in boedelbates as die oordrag van sodanige eiendomsreg by die dood van die eienaar, veral ten einde te verseker dat erfopvolgers eweneens private eiendomsreg oor die betrokke bates verkry. Private eiendomsreg en private erfopvolging is derhalwe in die Duitse reg soos in die Suid-Afrikaanse reg onlosmaaklik verbind.<sup>170</sup>

Testeervryheid (*testierfreiheit*) vorm een van die grondbeginsels van die Duitse testate erfreg. Ebenroth en Auer verklaar derhalwe in hul beskouing van fundamentele beginsels van die Duitse erfreg:<sup>171</sup>

"The principle of testamentary freedom entitles the testator to determine the fate of his property after his death by means of legal testamentary disposition. By executing a will...he can appoint as heir anyone he pleases - not only persons belonging to the circle of statutory heirs, and accord them any share he desires."

Ten spyte van die afwesigheid van 'n verwysing na "testeervryheid" in artikel 14(1) van die *Grundgesetz*, impliseer die waarborg van private eiendomsreg in dié artikel enersyds 'n waarborg van testeervryheid as essensiële element van die beskikkingsbevoegdheid van 'n eienaar tot eiendomsoordrag by wyse van testament. Die waarborg van private erfopvolging in dieselfde artikel verleen andersyds per definisie 'n waarborg van testeervryheid.<sup>172</sup> Hierdie feit is al by verskeie geleenthede deur die Duitse konstitusionele hof

<sup>169</sup>Leipold *Erbrecht* 25; Ebenroth *Erbrecht* 31; Brox *Erbrecht* 16; De Waal in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G6.

<sup>170</sup>In Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G6. Sien 4 2 1 en 5 3 1 1 vir die posisie in die Suid-Afrikaanse reg.

<sup>171</sup>In Ebke en Finkin *Introduction to German Law* 277. Sien ook Ebenroth *Erbrecht* 26; 111.

<sup>172</sup>De Waal in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G6; Ebenroth en Auer in Ebke en Finkin *Introduction to German Law* 274.



(*Bundesverfassungsgericht*) bevestig.<sup>173</sup> Leipold verklaar derhalwe:<sup>174</sup>

"Daß die Vermögensrechte an Gegenständen aller Art beim Tode eines Menschen von privater Hand in private Hand übergehen, ist die Konsequenz der privatrechtlichen Eigentumsordnung. Auch die Testierfreiheit ist letztlich nur ein Teilaspekt der Verfügbarkheit und damit der Privatheit des Eigentums. Der Zusammenhang wird in der *verfassungsrechtlichen Garantie* des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG verdeutlicht, die sich auf das Eigentum und das Erbrecht erstreckt."<sup>175</sup>

Die grondwetlike waarborg van testeervryheid word hierbenewens onderskraag deur die algemene waarborg van vryheid (van optrede) wat deur artikel 2(1) van die *Grundgesetz* verleen word.<sup>176</sup> Paragraaf 2302 van die *Bürgerliches Gesetzbuch* waarborg ten slotte langs die weg van 'n verbod op kontraktuele erfopvolging die onbeperkte vryheid om testamente te verly - die sogenaamde "Unbeschränkbarkeit der Testierfreiheit".

Testeervryheid staan ook in verband met en word onderskraag deur verskeie ander elemente van die Duitse testate erfreg. So is testeerbevoegdheid aan die kant van testateurs 'n vereiste vir die geldige verlyding van testamente.<sup>177</sup> Die testeerhandeling moet voorts vry en onbelemmerd plaasvind, met die afwesigheid van dwang, bedrog en dwaling as belangrike

---

<sup>173</sup> *BVerfGE* 67, 329, 341; *BVerfGE* 58, 377, 398.

<sup>174</sup> *Erbrecht* 24. Sien ook Ebenroth *Erbrecht* 25; Brox *Erbrecht* 12.

<sup>175</sup> "Die oorgang van vermoënsregte van een persoon na 'n ander by eersgenoemde se dood, is die gevolg van die privaatregtelike eiendomsbestel. Testeervryheid speel 'n belangrike rol ten opsigte van hierdie beskikkingsbevoegdheid en funksioneer so-doende as 'n essensiële element van private eiendomsreg. Die verband tussen testeervryheid en private eiendomsreg word daargestel deur die grondwetlike waarborg van eiendomsreg en die erfreg in artikel 14(1) van die *Grundgesetz* vervat." (My vertaling).

<sup>176</sup> Ebenroth en Auer in Ebke en Finkin *Introduction to German Law* 274.

<sup>177</sup> Ebenroth en Auer in Ebke en Finkin *Introduction to German Law* 286; Foster *German Legal System and Laws* 315; Lange en Kuchinke *Lehrbuch des Erbrechts* 290; Brox *Erbrecht* 70-71.



oorweging.<sup>178</sup> Die delegasie van testeerbevoegdheid word nie toegelaat nie.<sup>179</sup> Streng formaliteite geld ingevolge die *Bürgerliches Gesetzbuch* langs die weg van sekere standaard testamentsvorme vir die verlyding van testamente, hoofsaaklik ten einde die egtheid van sodanige testamente te verseker.<sup>180</sup> Kontraktuele erfopvolging word nie andersins dan by wyse van 'n besondere kontrak te dien effekte, die *Erbvertrag*, toegelaat nie.<sup>181</sup> Die veranderlikheid en herroeplikheid van testamente ooreenkomstig die wense van testateurs word erken.<sup>182</sup> Die reëls van die interpretasie van testamente is ten slotte gerig op die vasstelling van die bedoeling van testateurs soos dit uit hul testamente blyk.<sup>183</sup>

#### 7 4 2 Die beperking van testeervryheid in die Duitse reg

In hierdie gedeelte word die beperking van testeervryheid in die Duitse reg onder die loep geneem. Soos in die beskouing van die Nederlandse en Belgiese reg word twee tersaaklike beperkings ter inleiding oorsigtelik ondersoek ten einde die rol van sosiale en ekonomiese oorwegings ter beperking van testeervryheid in die Duitse reg te illustreer. In hierdie verband word enersyds op die regsposisie ten opsigte van die vermoënsregtelike beskerming van sekere verwante (die *Pflichtteil*) gelet. Die ongeldigheid waarmee 'n testamentêre vervreemdingsverbod in die Duitse reg getref word, word andersyds beskou. Daarna word die benadering in die Duitse reg tot wederregtelike testamentêre bepalings en testamentêre bepalings wat met die goeie sedes bots, ondersoek.

---

<sup>178</sup>Ebenroth en Auer in Ebke en Finkin *Introduction to German Law* 290.

<sup>179</sup>Lange en Kuchinke *Lehrbuch des Erbrechts* 598; Brox *Erbrecht* 72-73.

<sup>180</sup>Ebenroth en Auer in Ebke en Finkin *Introduction to German Law* 286; 289; Foster *German Legal System and Laws* 316.

<sup>181</sup>Ebenroth en Auer in Ebke en Finkin *Introduction to German Law* 285; Lange en Kuchinke *Lehrbuch des Erbrechts* 354.

<sup>182</sup>Ebenroth en Auer in Ebke en Finkin *Introduction to German Law* 277; 286; Lange en Kuchinke *Lehrbuch des Erbrechts* 9.

<sup>183</sup>Ebenroth en Auer in Ebke en Finkin *Introduction to German Law* 291; Brox *Erbrecht* 137-138.



7 4 2 1 *Die beperking van testeervryheid op grond van sosiale en ekonomiese oorwegings - 'n oorsig oor twee tersaaklike beperkings op testeervryheid in die Duitse reg*

7 4 2 1 1 Die Duitse *Pflichtteil*

Die Duitse reg verleen aan sekere verwante van 'n testateur (wat as intestate erfgename sou kwalifiseer, het die oorledene se boedel *ab intestato* vererf) vermoënsregtelike beskerming teen sowel die toekenning van 'n geringe erfdeel as algehele onderwing deur 'n testateur. Hierdie beskerming neem die vorm van 'n verbintenisregtelike aanspraak op 'n voorgeskrewe porsie van hul intestate erfdeel uit die oorledene se boedel aan. Die voorgeskrewe gedeelte word die *Pflichtteil* genoem, met die aanspraakmakers (wat in effek skuldeisers ten opsigte van die bestorwe boedel is) wat *Pflichtteilberechtigten* heet.<sup>184</sup>

*Pflichtteilberechtigten* sluit die ouers, kinders en verdere afstammelinge asook die oorlewende gade in.<sup>185</sup> Die omvang van die aanspraak word op die helfte van die betrokke aanspraakmaker se intestate erfdeel gestel.<sup>186</sup> Die aanspraak van die *Pflichtteilberechtigten* geniet soos dié van die *legitimaris* in die Nederlandse reg en die *reservatairen* in die Belgiese reg nie outomaties van regsweë werking nie. Ten einde die *Pflichtteil* te bekom, moet inderdaad 'n beroep daarop gedoen word.<sup>187</sup>

Die beperking van testeervryheid aan die hand van bogenoemde wetgewing word in die Duitse reg op veral sosiale maar ook ekonomiese oorwegings fundeer. Hierdie feit word ondersteun deur die oorweging dat die Duitse erfreg hoofsaaklik op 'n stelsel van familie-

---

<sup>184</sup>Ebenroth en Auer in Ebke en Finkin *Introduction to German Law* 299.

<sup>185</sup>Ebenroth en Auer in Ebke en Finkin *Introduction to German Law* 299.

<sup>186</sup>Ebenroth en Auer in Ebke en Finkin *Introduction to German Law* 299.

<sup>187</sup>Vir 'n volledige bespreking van die werking van die *Pflichtteil* sien Leipold *Erbrecht* 269-286; Ebenroth *Erbrecht* 621-662; Brox *Erbrecht* 326-346. Sien 7 2 2 1 1 vir die posisie in die Nederlandse reg en 7 3 2 1 1 vir die posisie in die Belgiese reg.

erfreg (*Familienerbrecht* of *Verwandtenerbrecht*), gegrond op die tradisionele familiebegrip, berus.<sup>188</sup> Pintens verklaar derhalwe in sy beskouing uit 'n grondwetlike perspektief van die verhouding tussen testeervryheid en die *Pflichtteil* in die Duitse reg:<sup>189</sup>

"Volgens de heersende leer beschermt de grondwet zowel de testamentaire vrijheid (*Testierfreiheit*) als het familiaal karakter van de erfopvolging (*Verwandtenerbrecht*) als wezenlijke bestanddelen van het erfrecht. Het eerste kenmerk als gevolg van het door de grondwet gegarandeerde eigendomsrecht, het tweede als gevolg van de bescherming van het huwelijk en het gezin (art. 6, eerste lid GG), waaruit wordt afgeleid dat naaste verwanten een onaantastbare aanspraak op een deel van de nalatenschap van hun familielid kunnen laten gelden. Derhalve dient de rechtsorde dit grondwettelijk compromis tussen testamentaire vrijheid en familiaal erfrecht te respecteren. Dit familiaal karakter van het erfrecht impliseert meer dan een onderhoudsvordering van de behoeftige erfgenaam en betekent dat de testeervrijheid dient te worden beperkt door een reserve voor de echtgenoot, de afstammelingen en de ouders."

#### 7 4 2 1 2 Die ongeldigheid van 'n testamentêre vervreemdingsverbod in die Duitse reg

Paragraaf 137 van die *Bürgerliches Gesetzbuch* bepaal onder andere:

"Die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden...."<sup>190</sup>

<sup>188</sup>De Waal in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G7.

<sup>189</sup>In Stevens *et al De Erfrehtelijke Reserve in Vraag Gesteld* 45-46.

<sup>190</sup>"Die reg om oor 'n vervreembare reg te beskik, kan nie deur 'n regshandeling aan bande gelê of beperk word nie..." (My vertaling).



Hierdie algemene verbod is ook ten opsigte van testamentêre beskikking van toepassing.<sup>191</sup> Dat die beperking wat hierdie verbod op testeervryheid in die Duitse reg meebring, op ekonomiese oorwegings funder word, blyk uit die volgende verduideliking deur Kohler:<sup>192</sup>

"In principle, the freedom of the bearer of a title *in rem* to transfer his title cannot be infringed upon by means of private agreement or unilateral private act. § 137 BGB renders any agreement or unilateral act contrary to this freedom void. Hence there is no need for rules against perpetuities with regard to long-lasting limitations to the freedom of alienation. Again, the purpose is to facilitate and secure business transactions."

#### 7 4 2 2 *Die benadering in die Duitse reg tot wederregtelike testamentêre bepalings en testamentêre bepalings wat teen die goeie sedes is*

Die onderhawige onderwerp word soos in die beskouing van die Nederlandse en Belgiese reg deur 'n grondwetlike perspektief op die beperking van testeervryheid in die Duitse reg ingelei. Daarna volg 'n ondersoek na die rol van statutêre voorskrifte en die goeie sedes ter beperking van testeervryheid in die Duitse reg.

##### 7 4 2 2 1 'n Grondwetlike perspektief op die beperking van testeervryheid in die Duitse reg

Daar is reeds getoon dat die Federale Republiek van Duitsland se *Grundgesetz* na unifikasie met die Duitse Demokratiese Republiek as funderende dokument voortbestaan het.<sup>193</sup> Hoofstuk 1 van die *Grundgesetz* waarborg 'n aantal fundamentele of basiese regte (*Grundrechte*). 'n Gelykheidsbepaling verbied in hierdie verband diskriminasie op grond van

---

<sup>191</sup>Lange en Kuchinke *Lehrbuch des Erbrechts* 517.

<sup>192</sup>In Ebke en Finkin *Introduction to German Law* 233.

<sup>193</sup>Die keuse van benaming van hierdie dokument het op *Grundgesetz* ("Basic Law") eerder as *Verfassung* ("Grondwet") geval ten einde die tussentydse karakter daarvan tot en met unifikasie van die twee Duitse state te beklemtoon. Na unifikasie is die benaming egter behou.

geslag, ouerlike herkoms, ras, taal, geboorteland of oorsprong, geloof en godsdienstige of politieke mening.<sup>194</sup> Ander tersaaklike regte wat aldus gewaarborg word, sluit die reg op menswaardigheid,<sup>195</sup> die reg op persoonlike vryheid,<sup>196</sup> die reg op vryheid van godsdien, oortuiging en belydenis,<sup>197</sup> die reg op vryheid van uitdrukking,<sup>198</sup> die reg op vryheid van huweliksluting en beskerming van die gesin,<sup>199</sup> die reg op vryheid van assosiasie,<sup>200</sup> die reg op vryheid van beweging,<sup>201</sup> die reg op privaatheid<sup>202</sup> en die reg op vryheid van bedryf of beroep<sup>203</sup> in.

Die regte aldus in Hoofstuk 1 van die *Grundgesetz* vervat, geniet in die eerste plek vertikale werking. Hierdie toedrag van sake berus hoofsaaklik op artikel 1(3) van die Wet wat bepaal:

"Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht."<sup>204</sup>

Indirekte horisontale werking (*mittelbare Drittwirkung*) word egter wel in gepaste omstandighede aan hierdie regte toegesê. Hailbronner en Hummel verklaar:<sup>205</sup>

---

<sup>194</sup> Artikel 3 van die Wet.

<sup>195</sup> Artikel 1 van die Wet.

<sup>196</sup> Artikel 2 van die Wet.

<sup>197</sup> Artikel 4 van die Wet.

<sup>198</sup> Artikel 5 van die Wet.

<sup>199</sup> Artikel 6 van die Wet.

<sup>200</sup> Artikel 9 van die Wet.

<sup>201</sup> Artikel 11 van die Wet.

<sup>202</sup> Artikels 10 en 13 van die Wet.

<sup>203</sup> Artikel 12 van die Wet.

<sup>204</sup> "Die volgende fundamentele regte sal die wetgewende, die uitvoerende en die regspreekende gesag bind as direk-toepaslike reg." (My vertaling).

<sup>205</sup> In Ebke en Finkin *Introduction to German Law* 67.



"Fundamental rights...do not have any obvious third-party effect. They are not directly applicable in private law, but they do shape it: they serve both as a driving force and as guidelines for legislation, administration and the judiciary."

Alle Duitse howe beskik in hierdie verband oor die bevoegdheid om uitvoerende en wetgewende handeling aan die toets van grondwetlikheid te onderwerp. Slegs die federale konstitusionele hof, die *Bundesverfassungsgericht*, beskik egter oor die bevoegdheid om wetgewing ongrondwetlik te verklaar.<sup>206</sup> In die lig van die indirekte horisontaliteit wat in Duitsland aan die *Grundrechte* toegesê word, is die volgende opmerking van Hailbronner en Hummel insiggewend.<sup>207</sup>

"The normative power of the Constitution is...only established as a political reality through the Constitutional Court. This applies above all to fundamental rights (*Grundrechte*). The Constitutional Court has made the necessarily general norms of the Constitution into a living and working element of the social reality. It is due to the Constitutional Court that most of the fundamental rights do not simply lie idle, as under the Weimar Constitution, but guide all State activities. The Court has, by the force of its decisions, contributed significantly to the translation of the principles of the Constitution into a free democratic order in both State and society."

Die Europese Konvensie van Menseregte speel ten opsigte van die onderhawige onderwerp 'n veel geringer rol in die Duitse reg as in byvoorbeeld die Nederlandse en Belgiese reg.<sup>208</sup> Die Konvensie is na ondertekening deur die eertydse Federale Republiek van Duitsland ingevolge artikel 59(2) van die *Grundgesetz* in Duitse federale reg omskep. Die feit dat dit

---

<sup>206</sup>Hailbronner en Hummel in Ebke en Finkin *Introduction to German Law* 63.

<sup>207</sup>In Ebke en Finkin *Introduction to German Law* 63-64. Sien 5 2 3 vir 'n soortgelyke benadering ingevolge die finale Grondwet in die Suid-Afrikaanse reg.

<sup>208</sup>Sien 7 2 2 2 1 vir die posisie in die Nederlandse reg en 7 3 2 2 1 vir die posisie in die Belgiese reg.



aldus omskep eerder as ingevolge artikel 25 van die *Grundgesetz* oorgeneem en geratifiseer is, bring mee dat dit op gelyke voet met ander federale wetgewing (*Bundesgesetz*) geplaas word. Die gevolg is dat die fundamentele regte in die Konvensie vervat nie sonder meer in 'n grondwetlike geskil voor die *Bundesverfassungsgericht* geopper kan word nie en dat federale howe eweneens ongeneë is om geredelik ter beslissing op die Konvensie te steun.<sup>209</sup>

Die grondwetlike waarborg van testeervryheid in artikel 14 van die *Grundgesetz* tesame met die feit dat die *Grundrechte* (in die onderhawige verband veral die reg op gelykheid) nie direkte horisontale werking geniet nie, bring mee dat genoemde fundamentele regte nie 'n direkte beperking op testeervryheid in die Duitse reg daarstel nie.<sup>210</sup> Die beperking van testeervryheid geskied in die Duitse reg eerder aan die hand van tersaaklike statutêre voorskrifte en die voorskrifte van die goeie sedes (*guten Sitten*). Die invloed van fundamentele regte ter beperking van testeervryheid word in die lig van bogenoemde standpunte ten gunste van indirekte horisontaliteit hoofsaaklik ervaar wanneer inhoud aan 'n begrip soos laasgenoemde gegee word.<sup>211</sup>

#### **7 4 2 2 2     Die rol van statutêre voorskrifte en die goeie sedes ter beperking van testeervryheid in die Duitse reg**

Die beperking van testeervryheid geskied in die Duitse reg soos in die Nederlandse en Belgiese reg onder andere op grond van die oorweging dat die uitvoering van 'n bemaking teen 'n statutêre voorskrif indruis of dat sodanige uitvoering nie aan die hand van die goeie sedes regverdig kan word nie.<sup>212</sup> Die testeervryheid van 'n testateur wat so 'n bemaking in sy testament ingesluit het, word dienooreenkomstig beperk. Hierdie benadering word fundeer

---

<sup>209</sup>Foster *German Legal System and Laws* 78; Voss in Gearty *European Civil Liberties and the European Convention on Human Rights* 154-155; 171-172.

<sup>210</sup>De Waal in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G19; Lange en Kuchinke *Lehrbuch des Erbrechts* 599.

<sup>211</sup>De Waal in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G19; Lange en Kuchinke *Lehrbuch des Erbrechts* 599.

<sup>212</sup>Lange en Kuchinke *Lehrbuch des Erbrechts* 600. Sien 7 2 2 2 3 vir die posisie in die Nederlandse reg en 7 3 2 2 3 vir die posisie in die Belgiese reg.



op veral twee paragrawe van die *Bürgerliches Gesetzbuch*. Enersyds bepaal paragraaf 134 onder andere:

"Ein Rechtsgeschäft, daß gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig..."<sup>213</sup>

Hierdie bepaling is veral relevant ten opsigte van spesifieke beperkings wat deur wetgewing opgelê word. So kan 'n bemaking aan 'n inwoner van 'n ouetehuis byvoorbeeld onder bepaalde omstandighede indruis teen sekere voorskrifte van die *Heimgesetzes* en derhalwe met nietigheid getref word.<sup>214</sup> Dit is egter interessant om te let dat die bepalinge wat die fundamentele regte in die eerste hoofstuk van die *Grundgesetz* verwoord, veral die gelykheidbepaling, nie in die Duitse reg geredelik as statutêre verbiede vir doeleindes van paragraaf 134 gesien word nie. Hierdie benadering word hoofsaaklik fundeer op die feit dat direkte horisontale werking nie aan sodanige fundamentele regte toegesê word nie. Die toekenning of weerhouding van testamentêre bevoordeling op grond van byvoorbeeld ras, nasionaliteit, geloof of geslag kan derhalwe nie in die Duitse reg betwis word op grond van die oorweging dat die betrokke bemaking teen byvoorbeeld die gelykheidbepaling van die *Grundgesetz* indruis en sodoende 'n statutêre verbod soos bedoel in paragraaf 134 oortree nie.<sup>215</sup>

Andersyds bepaal paragraaf 138(1) van die *Bürgerliches Gesetzbuch*:

"Ein Rechtsgeschäft, daß gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig."<sup>216</sup>

'n Testamentêre bepaling word in die Duitse reg as strydig met die goeie sedes (*Sittenwidrig*) aangemerkt indien sodanige bepaling indruis teen die "Anstandsgefühl aller billig und gerecht

---

<sup>213</sup>"'n Regshandeling wat 'n statutêre verbod oortree, is nietig..." (My vertaling).

<sup>214</sup>Brox *Erbrecht* 169-170.

<sup>215</sup>Lange en Kuchinke *Lehrbuch des Erbrechts* 559-560; Ebenroth *Erbrecht* 199; Brox *Erbrecht* 170-171.

<sup>216</sup>"'n Regshandeling wat met die goeie sedes bots, is nietig." (My vertaling).



Denkenden".<sup>217</sup> Die toets wat vir hierdie doel gebruik word, is objektief van aard - daar moet bepaal word of die betrokke bepaling, objektief beoordeel aan die hand van die "Anschauung des anständigen Durchschnittsmenschen", inderdaad met die goeie sedes bots.<sup>218</sup> Die inhoud van die betrokke bepaling maar veral ook die gevolg daarvan is in hierdie beoordeling van besondere belang, aangesien paragraaf 138(1) "nicht die verwerfliche Gesinnung des Erblassers [will] bestrafen, sondern einen zu mißbilligenden Rechtserfolg der Verfügung verhindern".<sup>219</sup>

Ook ten opsigte van paragraaf 138(1) van die *Bürgerliches Gesezbuch* kan geen direkte beroep in die Duitse reg gedoen word op die bepalings wat die fundamentele regte in die eerste hoofstuk van die *Grundgesetz* verwoord ten einde te toon dat 'n gegewe testamentêre bepaling strydig met die goeie sedes is nie. Die rede vir hierdie benadering is eweneens te vinde in die oorweging dat direkte horisontale werking nie aan sodanige regte toegesê word nie. Veral die gelykheidsbepaling kan in hierdie lig nie gebruik word om 'n testamentêre bepaling wat bevoordeling op grond van byvoorbeeld ras, nasionaliteit, geloof of geslag toeken of beperk, as strydig met die goeie sedes aan te merk nie.<sup>220</sup> Lange en Kuchinke wys in hierdie verband daarop dat die erfreg in die algemeen en testeervryheid in die besonder per definisie op voorkeur en derhalwe ongelyke behandeling berus - (potensiële) begunstigdes moet derhalwe somtyds noodgedwonge vir lief neem met wat hulle as benadeling of ongelyke behandeling deur 'n testateur sien.<sup>221</sup>

<sup>217</sup>Strydigheid met die goeie sedes volg dus indien 'n testamentêre bepaling indruis teen die "regsgevoel (die gevoel van wat welvoeglik en betaamlik is) van alle redelike en regdenkende mense". (My vertaling).

<sup>218</sup>Die toets geskied dus aan die hand van die "beskouing van die welvoeglike deursnee-persoon". (My vertaling). Sien Ebenroth *Erbrecht* 199-200; Brox *Erbrecht* 171-172.

<sup>219</sup>Artikel 138(1) wil dus nie "die verwerplike gesindheid van erflaters bestraf nie maar wil eerder die afkeurenswaardige regsgevolg van die beskikking verhinder". (My vertaling). Sien Brox *Erbrecht* 173; Ebenroth *Erbrecht* 200.

<sup>220</sup>Lange en Kuchinke *Lehrbuch des Erbrechts* 599; De Waal in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G19.

<sup>221</sup>*Lehrbuch des Erbrechts* 599. Sien 7 3 2 2 2 vir 'n soortgelyke standpunt in die Belgiese reg.



Die bepalings van die *Grundgesetz* wat die fundamentele regte vervat, in besonder die gelykheidsbepaling, speel soos reeds getoon egter wel 'n rol wanneer in 'n gegewe geval inhoud aan 'n begrip soos "*guten Sitten*" gegee word. De Waal toon dat 'n verskeidenheid van standpunte in die lig van die *Grundgesetz* se gelykheidsbepaling onder Duitse skrywers te bespeur is ten opsigte van die vraag na die geldigheid van testamentêre bepalings wat op omstrede oorwegings soos ras, nasionaliteit, geloof of geslag gegrond is.<sup>222</sup> Sommige skrywers voer naamlik aan dat die toonaangewende rol wat testeervryheid binne die Duitse testate erfreg speel, meebring dat alle sodanig diskriminerende testamentêre bepalings as geldig geag moet word. Andere is van mening dat slegs bepalings wat op grond van ras diskrimineer met ongeldigheid getref moet word. 'n Soortgelyke standpunt voeg diskriminasie op grond van geloof by dié op grond van ras ten einde nietigheid van die betrokke bepaling te bewerkstellig. Sommige skrywers is weer van mening dat diskriminasie op enige van die gronde in die gelykheidsbepaling genoem, tot ongeldigheid kan lei. 'n Laaste standpunt vind ongeldigheid selfs in oorwegings buiten dié in die gelykheidsbepaling gelys, byvoorbeeld diskriminasie op grond van liggaamlike eienskappe, siekte, ouderdom, beroep of sosiale stand.

Brox volg 'n benadering wat op 'n twee-ledige onderskeid berus. Hy voer aan dat 'n onderskeid getref moet word tussen enersyds die uit-en-uit onderwing van 'n (potensiële) begunstigde en andersyds 'n bepaling (dikwels in die vorm van 'n onthindende voorwaarde) waardeur 'n testateur poog om invloed in die private lewe van 'n begunstigde uit te oefen. Ten opsigte van eersgenoemde is Brox van mening dat sodanige onderwing wat geskied op oorwegings wat met die fundamentele regte van die onderfde, byvoorbeeld ras, nasionaliteit, geloof of geslag verband hou, nie as strydig met die goeie sedes aan te merk is nie, hoofsaaklik omdat 'n testateur nie verplig is om (potensiële) begunstigdes gelyk te behandel nie. Dit is derhalwe 'n testateur se volste reg om, in die uitoefening van sy testeervryheid, begunstigdes tot sy bates te benoem en ander (potensiële) begunstigdes van testamentêre bevoordeling uit te sluit.<sup>223</sup> Ten opsigte van laasgenoemde kan 'n testamentêre bepaling wat inmenging in die private lewe van 'n begunstigde beoog, egter wel met die goeie sedes bots,

---

<sup>222</sup>In Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G19-3G20.

<sup>223</sup>*Erbrecht* 171. Sien ook Lange en Kuchinke *Lehrbuch des Erbrechts* 600.



veral indien sodanige bepaling die uitoefening van fundamentele regte, by uitstek dié vervat in die gelykheidsbepaling, beperk of aan bande lê. 'n Bemaking wat die verbeuring van voordele by huweliksluiting met 'n persoon van byvoorbeeld 'n bepaalde ras, nasionaliteit of geloof beoog, kan derhalwe as 'n ongeregverdigde beperking van die betrokke begunstigde se huweliksvryheid (*Entschließungsfreiheit*) beoordeel word.<sup>224</sup>

"Der Erblasser darf nicht materielle Vorteile für solche Entschlüsse versprechen, die nach allgemeiner Anschauung frei von Zwang und Beeinflussung Dritter zu treffen sind und bei denen man sich nicht von materiellen Erwägungen leiten lassen soll."<sup>225</sup>

Dit blyk in hierdie lig dat die netelige dilemma waarvoor 'n begunstigde in laasgenoemde geval te staan (kan) kom inderdaad tot strydigheid met die goeie sedes in die Duitse reg kan lei. Die begunstigde moet naamlik instandhouding van die betrokke fundamentele reg teen materiële gewin afweeg. Die feit dat hy voor hierdie dilemma te staan kom en dat die besluit waartoe hy uiteindelik kom diensengevolge nie ten volle vry is nie, bring mee dat die tersaaklike fundamentele reg geskend (kan) word – 'n gevolg wat klaarblyklik nie met die "Anschauung des anständigen Durchschnittsmenschen" te versoen is nie.

## 7 5 BEOORDELING

Die vryheid van 'n testateur om binne die raamwerk van sekere beperkings na goeddunke by wyse van testament te beskik oor die bates wat by sy dood deel van sy boedel uitmaak, is 'n grondbeginsel van die Nederlandse, Belgiese en Duitse testate erfreg. Sosiale en ekonomiese oorwegings fundeer in elk van hierdie regstelsels die erkenning van testeervryheid.

Private erfopvolging en testeervryheid geniet nie grondwetlike beskerming in die Nederlandse of Belgiese reg nie maar word geredelik in beide regstelsels op die erkenning van private

---

<sup>224</sup>*Erbrecht* 172.

<sup>225</sup>"Die erflater mag nie materiële voordele toesê aan 'n besluit waartoe volgens algemene beskouing vry van derdes se dwang en beïnvloeding gekom moet word en waarby materiële oorwegings geen rol behoort te speel nie." (My vertaling).



eiendomsreg en die gevolglike beskikkingsbevoegdheid van 'n eienaar tot eiendomsoordrag by wyse van testament fundeer. Die beskerming wat aan private eiendomsreg verleen word deur artikel 1 van die Eerste Protokol tot die Europese Konvensie van Menseregte onderskraag eweneens testeervryheid in beide regstelsels. Die Duitse *Grundgesetz* verleen inderdaad grondwetlike beskerming aan private eiendomsreg, private erfopvolging en (by implikasie) testeervryheid. Testeervryheid word voorts in al drie bogenoemde regstelsels deur verskeie ander elemente van die testate erfreg onderskraag.

Testeervryheid word in al drie regstelsels egter ook aan die hand van sosiale en ekonomiese oorwegings beperk. Die Nederlandse *legitieme portie*, die Belgiese *erfrechtelijke reserve* en die Duitse *Pflichtteil* verleen byvoorbeeld aan afhanklikes (dikwels nabye verwante) 'n statutêre onderhoudsaanspraak teen die boedel van 'n oorledene, welke aanspraak testateurs se vryheid om oor die geheel van hul boedels by wyse van testament te beskik, aan bande (kan) lê. Hierdie aanspraak word aan die hand van hoofsaaklik sosiale oorwegings regverdig maar ekonomiese oorwegings speel ook in hierdie verband 'n rol. Die ongeldigheid waarmee 'n vervreemdingsverbod deur 'n testateur in sy testament opgelê in al drie regstelsels getref word, dien as voorbeeld van 'n beperking op testeervryheid op grond van ekonomiese oorwegings, aangesien sodanige verbod die handelsverkeer (kan) strem.

Sosiale oorwegings fundeer die ongeldigheid waarmee testamentêre bepalings getref word wat in die Nederlandse en Belgiese reg as wederregtelik of in stryd met die *goede zeden* of openbare orde en in die Duitse reg as wederregtelik of in stryd met die *guten Sitten* aan te merk is. In hierdie verband blyk dit dat fundamentele regte langs die weg van indirekte horisontaliteit in al drie regstelsels tot die vorming en interpretasie van 'n begrip soos "die goeie sedes" bydra. Skrywers oor die onderwerp in die regstelsels onder bespreking is dit in hierdie lig in die algemeen eens dat voorskriftelike testamentêre bepalings wat poog om in weerwil van die fundamentele regte van 'n begunstigde in die private lewe van sodanige begunstigde in te meng, in gepaste omstandighede en met inbegrip van die besondere feite van die betrokke geval inderdaad as strydig met die goeie sedes en derhalwe as nietig ingevolge toepaslike statutêre bepalings aangemerkt kan word. Hierdie standpunt berus hoofsaaklik op die oorweging dat 'n persoon nie deur materiële aanspooring genoep moet word tot 'n besluit ten opsigte van sy private lewe wat met die uitoefening van fundamentele regte



verband hou nie. Dit is duidelik dat die gevolg wat die betrokke testamentêre bepaling vir 'n begunstigde inhou, 'n belangrike oorweging in die onderhawige beoordeling is. Tog word aanvaar dat fundamentele regte nie absolute werking geniet nie en dat wel van sodanige regte afstand gedoen kan word of dat toestemming tot inbreukmaking op sodanige regte verleen kan word. 'n Begunstigde wat hom by 'n inbreuk op sy fundamentele regte langs die weg van testamentêre bevoordeling berus, kan hom derhalwe nie oor die nadelige gevolge van sodanige inbreuk bekla nie.

Dit is moeiliker om 'n eenvormige antwoord ten opsigte van elk van die drie regstelsels te vind op die vraag of uit-en-uit onderwing op grond van oorwegings wat met die onderfde se fundamentele regte verband hou, eweneens as strydig met die goeie sedes en derhalwe nietig aan te merk is. In sowel die Nederlandse as die Belgiese reg word (ten minste in teorie) aanvaar dat onderwing, die beweegrede waartoe ongeoorloof was, synde byvoorbeeld in weerwil van die onderfde se fundamentele regte, inderdaad as sodanig betwis kan word. In die Duitse reg kom aanduidings daarenteen voor dat, die vooropgesteldheid van testeervryheid in ag genome, testateurs onbelemmerde vryheid tot die onderwing van (potensiële) begunstigdes moet geniet.

Die insigte wat uit die ontleding van relevante aspekte van testeervryheid in die Nederlandse, Belgiese en Duitse reg verkry is, sal ongetwyfeld rigtinggewend wees wanneer in die volgende hoofstuk besin word oor gepaste antwoorde op die probleemstelling in Hoofstuk 1 geformuleer.



## AFDELING D

### HOOFSTUK 8

#### GEVOLGTREKKINGS EN AANBEVELINGS

##### 8 1 INLEIDING

Die ondersoek wat in hierdie werk na erfopvolging in die algemeen en testeervryheid in die besonder onderneem is, het veral die definiëring van die rol van testeervryheid binne Suid-Afrika se grondwetlik-beïnvloedbare privaatreg ten doel. Te dien einde is enkele aspekte met betrekking tot erfopvolging as juridiese, sosiale en ekonomiese instelling ter inleiding in Hoofstuk 1 bespreek. In Afdeling A is 'n historiese perspektief op die aangeleentheid verkry. In hierdie verband is 'n ondersoek na die ontwikkeling en rol van testeervryheid in die Romeinse reg in Hoofstuk 2 gedoen, terwyl die plek en rol van testeervryheid in die Romeins-Hollandse reg in Hoofstuk 3 ontleed is. In beide hierdie hoofstukke het die fokus ook geval op tersaaklike beperkings wat in hierdie twee regstelsels op testeervryheid gerus het.

In Afdeling B van die werk is die fokus na die Suid-Afrikaanse reg verskuif. In Hoofstuk 4 is die plek en rol van testeervryheid in die Suid-Afrikaanse reg in die era voor die huidige Grondwet aan die orde gestel, terwyl die beperking van testeervryheid insgelyks ondersoek is. In laasgenoemde verband is in die besonder gewys op die onbevredigende posisie in die Suid-Afrikaanse reg met betrekking tot die rol van die *boni mores* ter beperking van testeervryheid, veral ten opsigte van testamentêre bepalings wat op ras, nasionaliteit of geloof berus en waardeur testateurs poog om die gedrag of optrede van begunstigdes en/of die benutting van bates te beheer. Hierdie studie het die weg gebaan na die teoretiese ondersoek in Hoofstuk 5 na die invloed van grondwetlike regte en beginsels op erfopvolging en testeervryheid. Daar is in hierdie verband getoon dat sekere regte vervat in die Suid-Afrikaanse Handves van Regte in beginsel 'n bepalende uitwerking op sowel testeervryheid as die beperking van dié vryheid uitoefen.



Die ondersoek is in Afdeling C met 'n regsvergelykende studie toegelig. In hierdie verband is besondere aspekte van testeervryheid in sowel die Engelse as die Australiese reg as twee voorbeelde van "common law"-regstelsels in Hoofstuk 6 ondersoek, terwyl 'n soortgelyke ondersoek na die Nederlandse, Belgiese en Duitse reg as drie voorbeelde van kontinentale regstelsels in Hoofstuk 7 onderneem is. Die beperking van testeervryheid in elk van die genoemde regstelsels ten opsigte van testamentêre bepalings (veral dié wat op ras, nasionaliteit of geloof berus) waardeur testateurs poog om die gedrag of optrede van begunstigdes en/of die benutting van bates te beheer, is in die besonder aan die orde gestel.

In hierdie hoofstuk word getrag om die onderwerp-spesifieke probleemstelling in Hoofstuk 1 geformuleer,<sup>1</sup> op te los aan die hand van die studie in Afdelings A, B en C onderneem. Vir hierdie doel word drie uitgangspunte fundamenteel tot oplossing van die gestelde probleem eers geformuleer. Daarna word enkele beginselstandpunte aan die orde gestel met betrekking tot die (verdere) beperking van testeervryheid aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf, enersyds ten opsigte van testamentêre bepalings waardeur uit-en-uit onderwing bewerkstellig word en andersyds ten opsigte van testamentêre bepalings waardeur gepoog word om die gedrag of optrede van begunstigdes en/of die benutting van bates te beheer. Daar word met opgaaf van redes getoon dat die beperking van testeervryheid aan die hand van sodanige maatstaf inderdaad in gepaste omstandighede aangewese is. Voorstelle word vervolgens gemaak ten opsigte van die wyse waarop sodanige beperking ten beste beslag kan kry en verwesenlik kan word. Die hoofstuk word afgesluit met 'n illustrasie van die toepassing van hierdie voorstelle aan die hand van praktiese voorbeelde.

## **8 2 OPLOSSING VAN DIE GESTELDE PROBLEEM**

### **8 2 1 Basiese uitgangspunte ter oplossing van die gestelde probleem**

Alvorens 'n oplossing vir die onderwerp-spesifieke probleemstelling aan die hand gedoen

---

<sup>1</sup>Op welke wyse beïnvloed sekere bepalings vervat in die Handves van Regte van die Suid-Afrikaanse Grondwet die vryheid van testateurs tot testamentêre beskikking, veral langs die weg van testamentêre bepalings waardeur testateurs poog om die gedrag of optrede van begunstigdes en/of die benutting van bates te beheer?



word, word drie basiese uitgangspunte wat sodanige oplossing fundeer, vervolgens kortliks geformuleer:

- (a) Testeervryheid is beskermingswaardig en moet in openbare belang as grondbeginsel van die testate erfreg gehandhaaf word. Hierdie uitgangspunt word eerstens fundeer op die belangrike funksie wat private erfopvolging as juridiese, sosiale en ekonomiese instelling vervul, welke funksie deur die sosio-ekonomiese grondslae van die erfreg onderskraag word. Testeervryheid is tweedens 'n historiese gegewe. Die ontwikkelingsgeskiedenis van testeervryheid in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg toon naamlik dat testeervryheid as produk van die wisselwerking tussen sosiale en ekonomiese faktore as grondbeginsel van Suid-Afrika se gemeenregtelike testate erfreg gevestig is. Testeervryheid fundeer derdens die testate erfreg van verskeie moderne regstelsels en word hierbenewens in die Suid-Afrikaanse reg (soos trouens ook in etlike "common law"- en kontinentale regstelsels) deur verskeie elemente van die testate erfreg onderskraag.

Die beskerming wat private erfopvolging en testeervryheid in sowel die Suid-Afrikaanse reg as in verskeie "common law"- en kontinentale regstelsels langs die weg van die sakeregtelike erkenning van private eiendomsreg geniet, is aanduidend van die wyse waarop testeervryheid geredelik gehandhaaf word. Private erfopvolging en testeervryheid geniet hierbenewens in die Suid-Afrikaanse reg (soos inderdaad ook in die Duitse reg) grondwetlike beskerming langs die weg van 'n waarborg van private eiendomsreg in die eiendomsbepaling van die Suid-Afrikaanse Handves van Regte.

- (b) Testeervryheid funksioneer nie absoluut nie en word in gepaste gevalle daadwerklik beperk. Hierdie uitgangspunt word eweneens op die rol van private erfopvolging as instelling fundeer - dit is aan die hand van sowel die funksie as die sosiale en ekonomiese grondslae van die erfreg nodig om die vryheid tot testamentêre beskikking te beperk. Die ontwikkelingsgeskiedenis van testeervryheid in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg toon juis dat sodanige beperking vroeg reeds op grond van sowel sosiale as ekonomiese oorwegings geskied het. Die beperking van testeervryheid is as gemeenregtelike beginsel in die Suid-Afrikaanse reg aanvaar en



die moderne Suid-Afrikaanse reg erken soos verskeie "common law"- en kontinentale regstelsels dat die vryheid tot testamentêre beskikking aan die hand van sosiale en ekonomiese oorwegings ingekort kan word.

Beperking van testeervryheid impliseer in Suid-Afrikaanse verband uiteraard die beperking van (grondwetlik-gewaarborgde) eiendomsreg en sodanige beperking moet derhalwe aan die vereistes van die algemene begrensingsbepaling van die Grondwet voldoen. 'n Ontleding van die sosio-ekonomiese grondslae van die bestaande beperkings op testeervryheid in die Suid-Afrikaanse reg van krag, toon dat sodanige beperkings inderdaad aan die voorskrifte van die algemene begrensingsbepaling voldoen.

- (c) Sekere regte vervat in die Handves van Regte van die Suid-Afrikaanse Grondwet funksioneer in gepaste gevalle ter beperking van testeervryheid. Hierdie uitgangspunt berus op die horisontale werking wat in gepaste gevalle toegesê kan word aan bepaalde regte in die Handves van Regte vervat. Die oorwig van gesag dui daarop dat sekere sodanige regte inderdaad direkte horisontale werking geniet en derhalwe vatbaar is vir regstreekse beroep in 'n erfregtelike geding van private aard binne die arena van die gemene reg. Sodanige beroep bring onvermydelik die balansering van testeervryheid teenoor die betrokke reg(te) te berde. Indien bevind word dat die betrokke reg(te) in die besondere omstandighede swaarder as testeervryheid weeg, word die deur vir ontwikkeling van die gemene reg geopen ten einde "gevolg te gee aan 'n reg in die Handves" en ter bevordering van die "gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte", welke ontwikkeling langs die weg van 'n uithouing van die *boni mores*-maatstaf tot die (verdere) beperking van testeervryheid kan lei.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup>Daar is in hierdie verband getoon dat 'n soortgelyke resultaat, alhoewel deur middel van 'n verskillende *modus operandi*, bereik sal word indien slegs indirekte horisontale werking aan sekere regte vervat in die Handves van Regte toegesê word.



## 8 2 2 Beginselstandpunte ten gunste van en teen die (verdere) beperking van testeervryheid aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf

Hierbo is as uitgangspunt gestel dat sekere regte vervat in die Handves van Regte van die Suid-Afrikaanse Grondwet wel in gepaste gevalle ter beperking van testeervryheid funksioneer. Hierdie uitgangspunt berus hoofsaaklik op die horisontale werking wat aan sodanige grondwetlike regte toegesê word, welke standpunt weer deur tekstuele gesag uit die Grondwet self onderskraag word.<sup>3</sup> Sodanige beperking geskied ingevolge die huidige stand van die Suid-Afrikaanse reg langs die weg van die *boni mores*-maatstaf, met ander woorde deur vas te stel of 'n testamentêre bepaling wat een of meer van die regte vervat in die Handves van Regte in gedrang bring, inderdaad as *contra bonos mores* en derhalwe nietig aangemerkt kan/moet word.<sup>4</sup>

Ten einde die toepassing van die *boni mores*-maatstaf in hierdie verband in perspektief te stel, word die studie in Afdelings A, B en C van hierdie werk vervolgens gebruik ten einde 'n antwoord te verskaf op die beginselvraag na die regverdiging al dan nie van die (verdere) beperking van testeervryheid aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf. Is dit met ander woorde in beginsel wenslik dat Suid-Afrikaanse testateurs se vryheid tot testamentêre beskikking beperk kan word langs die weg van 'n beroep op gepaste regte in die Handves van Regte vervat, welke beroep tot gevolg kan hê dat die *boni mores* ter beperking van testeervryheid aangewend word ten opsigte van testamentêre bepalings (veral bepalings op ras, nasionaliteit of geloof baseer waardeur op voorskriftelike wyse gepoog word om die gedrag of optrede van begunstigdes en/of die benutting van bates te beheer) wat nie in die verlede deurlopend in die Suid-Afrikaanse reg as *contra bonos mores* gereken is nie?

Ten einde hierdie vraag te beantwoord, moet eerstens onthou word (en dit is trouens reeds

---

<sup>3</sup>Sien 5 2 2 2.

<sup>4</sup>Sien 5 3 2.



in Hoofstuk 1 betoog) dat die *boni mores* dinamies eerder as staties vertoon - die regsgevoel van die gemeenskap, openbare beleid of openbare belang verander inderdaad met verloop van tyd en verskil selfs van plek tot plek. Hierdie oorweging fundeer juis die beswaar van 'n skrywer soos Hahlo teen die gebruik van sommige Suid-Afrikaanse regters om sonder meer gemeenregtelike inhoud aan die *boni mores*-maatstaf te gee ten einde hedendaagse openbare beleidskwessies in verband met die erfreg te beoordeel - die juridiese, sosiale en ekonomiese omstandighede, waardes en ingesteldhede wat in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg gegeld het, is uiteraard nie verteenwoordigend van eietydse tendense nie en kan derhalwe nie op voorskriftelike wyse in 'n moderne tydsgewrig ter oplossing van erfregtelike kwessies aangewend word nie.<sup>5</sup> In hierdie verband moet verder aanvaar word dat ook eietydse juridiese, sosiale en ekonomiese tendense aan snelle en voortdurende verandering onderwerp word, welke verandering 'n beduidende invloed op die inhoud en werking van die *boni mores*-maatstaf uitoefen - die juridiese, sosiale en ekonomiese omstandighede, waardes en ingesteldhede van selfs etlike dekades gelede is dikwels nie meer verteenwoordigend van eietydse tendense nie en kan derhalwe eweneens nie op voorskriftelike wyse in 'n moderne tydsgewrig ter oplossing van erfregtelike kwessies aangewend word nie. Laasgenoemde oorweging bring juis die kwessie van volgehoue juridiese vernuwing te berde. In die bekende woorde van appèlregter Joubert in *Braun v Blann and Botha*:<sup>6</sup>

"It is one of the functions of our law to keep pace with the requirements of changing conditions in society."

Bogenoemde standpunte beteken natuurlik nie dat hedendaagse ontwikkeling op die onderhawige gebied kan (of behoort te) geskied sonder dat enige ag hoegenaamd op gemeenregtelike gesag en/of gesag van 'n paar dekades gelede geslaan word nie. Sodanige gesag is kennelik steeds rigtinggewend wanneer nuwe juridiese kwessies benader of nuwe juridiese vraagstukke die hoof gebied moet word. Sodanige gesag behoort egter nooit 'n onverbiddelike of absoluut bepalende rol in juridiese vernuwing te speel nie.

---

<sup>5</sup>Sien 4 3 3 1.

<sup>6</sup>1984 2 SA 850 (A) 866H.



Dieselfde argument kan uiteraard geopper word ten opsigte van gesag wat deur regsvergelykende navorsing aan die lig gebring word ten opsigte van die rol van die regsgevoel van die gemeenskap, openbare beleid of openbare belang in verband met die erfreg enersyds en meer spesifiek die invloed van 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf op die erfreg andersyds. Die juridiese, sosiale en ekonomiese omstandighede, waardes en ingesteldhede wat in hierdie verband in ander regstelsels geld, is uiteraard nie 'n ewebeeld van die posisie in die Suid-Afrikaanse reg nie en kan derhalwe nie sonder meer ter definiëring van die rol van die *boni mores* ter beperking van testeervryheid in Suid-Afrika se grondwetlik-beïnvloedbare privaatreë gebruik word nie.<sup>7</sup> Hierdie gesag is egter eweneens 'n rigtinggewende hulpmiddel wanneer juridiese kwessies of vraagstukke soos die onderhawige aangespreek word en verdien derhalwe as sodanig oorweging.

In die lig van bogenoemde oorwegings word 'n drieledige ondersoek, gefundeer op die studie in Afdelings A, B en C vervolgens onderneem. Die fokus val eerstens op die beginselstandpunte, enersyds ten gunste van en andersyds teen, die beperking van testeervryheid aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf ten opsigte van testamentêre bepalings wat uit-en-uit onderwing bewerkstellig. Tweedens word gelet op enkele beginselstandpunte, eweneens enersyds ten gunste van en andersyds teen, die gebruik van 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf ter (verdere) beperking van testeervryheid ten opsigte van voorskriftelike voorwaardelike testamentêre bepalings (by uitstek verbeuringsbepalings) waardeur gepoog word om die gedrag of optrede van begunstigdes te beheer. 'n Soortgelyke ondersoek word derdens onderneem ten opsigte van bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk waardeur gepoog word om die benutting van bates te beheer. Die fokus val ooreenkomstig die voorbeelde in Afdelings A, B en C deurgaans hoofsaaklik op tersaaklike testamentêre bepalings op ras, nasionaliteit of geloof gegrond.

---

<sup>7</sup>De Waal in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G5.



**8 2 2 1      *Standpunte ten gunste van en teen die beperking van testeervryheid aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde boni mores-maatstaf ten opsigte van bepalings wat uit-en-uit onderwing bewerkstellig***

Die belangrikste standpunt ten gunste van die beperking van testeervryheid ten opsigte van testamentêre bepalings waardeur uit-en-uit onderwing bewerkstellig word, is te vinde in die oorweging dat sodanige onderwing, indien deur 'n ongeoorloofde beweegrede gemotiveer (veral indien onderwing geskied aan die hand van oorwegings wat met die onderfde se fundamentele regte verband hou), juis as gevolg van die ongeoorloofde oogmerk van die betrokke testateur as *contra bonos mores* en derhalwe ongeldig aangemerkt kan word. Hierdie standpunt is veral in kontinentale regstelsels soos die Nederlandse en die Belgiese reg te bespeur.<sup>8</sup> In beide hierdie regstelsels word die onderhawige standpunt op tersaaklike bepalings in die onderskeie *Burgerlijk Wetboeke* van dié twee state fundeer.<sup>9</sup> Daar bestaan egter geen eweknie vir hierdie bepalings in die Suid-Afrikaanse reg nie en die Suid-Afrikaanse reg is diensgevolge nie ten opsigte van uit-en-uit onderwing met 'n soortgelyke beginsel bekend nie. Insgelyks moet daarop gewys word dat selfs in die Nederlandse en Belgiese reg weinig aanduiding van 'n geslaagde beroep op genoemde bepalings ter aanvegting van 'n uit-en-uit onderwing voorkom. Dit is derhalwe te betwyfel of hierdie regsvergelykende gesag kan dien ter fundering van 'n standpunt in die Suid-Afrikaanse reg ten gunste van die beperking van testeervryheid aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf ten opsigte van testamentêre bepalings wat uit-en-uit onderwing bewerkstellig. In beide genoemde kontinentale regstelsels word voorts toegegee dat 'n netelige praktiese probleem hom in die onderhawige verband voordoen. Dit is naamlik dikwels moeilik (indien nie onmoontlik nie) om, in gevalle waar die betrokke testament geen aanduiding in hierdie verband bevat nie, die oogmerk met of beweegrede vir 'n onderwing uit 'n testament vas te stel, welke feit die toepassing van die onderhawige beginsel selfs in kontinentale regstelsels grootliks aan bande lê.

---

<sup>8</sup>Sien 7 2 2 2 3 ten opsigte van die Nederlandse reg en 7 3 2 2 3 ten opsigte van die Belgiese reg.

<sup>9</sup>Artikel 4: 938 van die Nederlandse *Burgerlijk Wetboek* en artikels 6, 1131 en 1133 van die Belgiese *Burgerlijk Wetboek*.



De Waal voer aan dat, selfs waar 'n testateur wel in sy testament die rede(s) vir die onderwing van (potensiële) begunstigdes openbaar, daar grondige beginselbesware teen die aanvegting van sodanige onderwing aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf bestaan.<sup>10</sup> De Waal voer eerstens aan dat, sou sodanige aanvegting wel moontlik wees, dit nie alleen die beginsel van testeervryheid tot blote fiksie sal verwater nie maar ook die grondwetlike waarborg van hierdie vryheid ingevolge die eiendomsbepaling van die Suid-Afrikaanse Handves van Regte heeltemal betekenisloos sal maak. Hierdie standpunt word deur die eerste uitgangspunt hierbo ten opsigte van die vooropgesteldheid en beskermingswaardigheid van testeervryheid onderskraag.<sup>11</sup>

De Waal voer tweedens aan dat niemand oor 'n fundamentele reg "om te erf" beskik nie. Die Suid-Afrikaanse reg ken naamlik voor die oopval van 'n boedel (*delatio*) hoogstens 'n hoop of verwagting op vererwing (*spes hereditatis*) aan 'n potensiële begunstigde toe.<sup>12</sup> 'n Begunstigde verkry eers op die oomblik van *dies cedit* 'n gevestigde vorderingsreg vir oordrag van bemaakte bates teen die eksekuteur van 'n bestorwe boedel, welke oomblik (afhangend van die bepalings van die betrokke testament) op die vroegste by die dood van die testateur plaasvind.<sup>13</sup> Die hoop of verwagting waaroor 'n begunstigde voor die oomblik van *dies cedit* beskik, gee aan hom geen aanspraak op boedelbates nie en kan uiteraard maklik frustreer word. Die uitsluiting van 'n persoon as begunstigde, hetsy deur hom stilswyend oor te slaan of uitdruklik te onterf, bring bloot frustrasie van sodanige persoon se *spes hereditatis* mee en veroorsaak derhalwe geen inbreuk op 'n bestaande reg van sodanige persoon nie.

De Waal stel derdens dat die vryheid tot die instel en onderwing van begunstigdes 'n aangeleentheid is wat, in die lig van die sosiale en ekonomiese grondslae van die erfreg, sowel beginselmatig as aan die hand van gesonde verstand regverdig kan word. Hierdie standpunt word deur die gemeenregtelike ontwikkelingsgeskiedenis van testeervryheid

---

<sup>10</sup>In Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G22-3G23.

<sup>11</sup>Sien 8 2 1.

<sup>12</sup>Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 12; De Waal en Schoeman *Erfreg* 4.

<sup>13</sup>*Greenberg and Others v Estate Greenberg* 1955 3 SA 361 (A) 365B-C; 365G-H.



bevestig. In die Romeinse reg is die behoefte aan 'n meganisme om regtens 'n erfgenaam in te stel, terwyl die ander (potensiële) erfgename (as *sui heredes*) dienooreenkomstig onterf word, veral deur die sosio-ekonomiese posisie van die vroeë Romeinse *familia* in die hand gewerk. Die daarstel van *heredis institutio* en *exheredatio* in die Romeinse reg het derhalwe op gesonde sosio-ekonomiese oorwegings berus.<sup>14</sup> Reeds in die Romeinse reg is langs die weg van instellings soos verewing *iure civili* in geval van *praeteritio* van 'n testateur se *sui heredes*,<sup>15</sup> *honorum possessio contra tabulas*<sup>16</sup> en die *querela inofficiosi testamenti*<sup>17</sup> vermoënsregtelike beskerming, eweneens op grond van sosio-ekonomiese oorwegings, aan onterfdes binne 'n testateur se familie verleen. In die Romeins-Hollandse reg is op grond van Romeinsregtelike gesag aanvaar dat 'n testateur geredelik oor die vryheid tot die instel en onterwing van testamentêre begunstigdes beskik.<sup>18</sup> Vermoënsregtelike beskerming is eweneens verleen aan nabye verwante wat onterf is, veral langs die weg van 'n instelling soos die *portio legitima* of *legitim*.<sup>19</sup> Die sosiale en ekonomiese oorwegings wat die vryheid tot onterwing as deel van testeervryheid in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg gevestig het, het veroorsaak dat dit as gemeenregtelike beginsel in die Suid-Afrikaanse reg aanvaar is. Alhoewel bogenoemde gemeenregtelike vermoënsregtelike beskerming aan onterfdes nie meer van krag is nie, maak die moderne Suid-Afrikaanse wel (en steeds aan die hand van tersaaklike sosio-ekonomiese oorwegings) vir sodanige beskerming voorsiening langs die weg van 'n gemeenregtelike eis vir afhanklike kinders vir onderhoud teen die boedel van 'n oorlede ouer<sup>20</sup> en 'n statutêre eis vir 'n oorlewende gade vir onderhoud teen die boedel van 'n oorlede gade ingevolge die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades.<sup>21</sup> Ook ander

---

<sup>14</sup>Sien 2 2 2 1.

<sup>15</sup>Sien 2 3 1 1.

<sup>16</sup>Sien 2 3 1 2.

<sup>17</sup>Sien 2 3 1 3.

<sup>18</sup>Sien 3 3 1 1.

<sup>19</sup>Sien 3 3 1 2.

<sup>20</sup>Sien 4 3 1 1.

<sup>21</sup>Sien 4 3 1 2.



moderne regstelsels is bekend met die vryheid tot onderwing en die dienooreenkomstige vermoënsregtelike beskerming van nabye verwante wat onderf is. In laasgenoemde verband speel byvoorbeeld onderskeidelik die "family provision" in die Engelse reg,<sup>22</sup> die "testator's family maintenance" in die Australiese reg,<sup>23</sup> die *legitieme portie* in die Nederlandse reg,<sup>24</sup> die *erfrechtelijke reserve* in die Belgiese reg<sup>25</sup> en die *Pflichtteil* in die Duitse reg<sup>26</sup> 'n belangrike rol.

De Waal argumenteer vierdens dat, sou die aanvegting van onderwing aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf inderdaad moontlik wees, dit onoorkomelike praktiese probleme tot gevolg sal hê. Die eerste vraag wat in hierdie verband ontstaan, is na 'n gepaste remedie wat in geval van suksesvolle aanvegting toegeken word. Een moontlike remedie is natuurlik dat 'n hof die betrokke testament "herskryf" sodat die onderfde inderdaad as erfgenaam ingestel word. Suid-Afrikaanse howe is egter, in die lig van die vooropgesteldheid van testeervryheid, aan interne formalisme gebonde en testamente word derhalwe slegs in uitsonderlike omstandighede na die dood van testateurs gewysig.<sup>27</sup> Die geredelike herskrywing van testamente ten einde onderfdes as erfgename in te stel, sal ongetwyfeld hierdie gevestigde praktyksreël in gedrang bring. Sou 'n onderfde wel langs die weg van die herskrywing van 'n testament deur 'n hof as erfgenaam ingestel word, ontstaan die vraag na die omvang van sodanige erfgenaam se bevoordeling. Moet dié "nuwe" erfgenaam 'n vasgestelde gedeelte van boedelbates ontvang, of moet hy na likwidasië van boedelbates op gelyke voet met ander erfgename in die erflating deel? As tweede moontlike remedie kan 'n hof natuurlik die betrokke testament ongeldig verklaar ten einde die boedel ooreenkomstig die reëls van die intestate erfreg te verdeel. 'n Beginselbeswaar teen hierdie moontlikheid is natuurlik dat die Suid-Afrikaanse reg soos die Romeinse en Romeins-

---

<sup>22</sup>Sien 6 2 2 1 1.

<sup>23</sup>Sien 6 3 2 1 1.

<sup>24</sup>Sien 7 2 2 1 1.

<sup>25</sup>Sien 7 3 2 1 1.

<sup>26</sup>Sien 7 4 2 1 1.

<sup>27</sup>Sien 4 2 2 7.



Hollandse reg testate erfopvolging bo intestate erfopvolging begunstig. Die onderhawige remedie druis derhalwe teen hierdie beginseluitgangspunt van die Suid-Afrikaanse reg in. 'n Verdere praktiese beswaar kan egter ook teen hierdie remedie geopper word, naamlik dat dit erfregtelike bevoordeling tot gevolg kan hê vir persone (as intestate erfgename) wat die erflater glad nie as begunstigdes bedag het nie.

'n Netelige praktiese probleem wat die toekenning van 'n remedie ter aanvegting van onderwing meebring, is die vraag na die beskikbaarheid van so 'n remedie. Hierdie kwessie opper verskeie vrae waarop geen maklike antwoorde te verskaf is nie. Behoort sodanige remedie byvoorbeeld slegs toegeken te word aan nabye verwante van 'n oorledene wat onderf is? Indien nie, welke "afsnypunt" moet gestel word ten einde die praktiese probleem van 'n veeltal aansoeke deur potensiële begunstigdes te verhoed? Behoort so 'n remedie slegs beskikbaar wees aan persone wat uit-en-uit onderf is? Indien nie, welke "afsnypunt" behoort ten opsigte van bevoordeling gestel te word ten einde aanvegting te begrens? Behoort die remedie slegs tot beskikking te wees van potensiële begunstigdes wat uitdruklik onderf is, of sal potensiële begunstigdes wat bloot stilswyend oorgeslaan is ook 'n beroep op sodanige remedie kan doen? Behoort die toekenning van sodanige remedie beperk te word tot gevalle waar die (diskriminerende) rede vir onderwing uitdruklik in 'n testament vermeld word? Indien wel, hoe behoort situasies waar die (diskriminerende) rede vir onderwing byvoorbeeld mondeling vermeld is maar nie in 'n testament opgeneem is nie, redelikerwys hanteer te word? Indien die vermelding van die rede vir onderwing daarenteen nie vereis word nie, kom die kwessie ten opsigte van die begrensing van 'n veeltal aansoeke om aanvegting weer te berde.

Die standpunte bespreek en die vrae waarop gewys is, bring verskeie beginsel- en praktiese besware aan die lig ten opsigte van die beperking van testeervryheid aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf ten opsigte van testamentêre bepalings waardeur uit-en-uit onderwing bewerkstellig word. Dit word derhalwe in oorweging gegee dat Suid-Afrikaanse testateurs se vryheid tot die instel en onderwing van begunstigdes ongeskonde gelaat moet word, selfs waar uit-en-uit onderwing geskied aan die hand van oorwegings wat met die uitoefening van fundamentele regte deur die onderfdes verband hou.



**8 2 2 2      *Standpunte ten gunste van en teen die (verdere) beperking van testeervryheid aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde boni mores-maatstaf ten opsigte van voorskriftelike voorwaardelike bepalinge***

Die vernaamste standpunt ten gunste van die beperking van testeervryheid ten opsigte van voorskriftelike voorwaardelike testamentêre bepalinge waardeur gepoog word om die gedrag of optrede van begunstigdes te beheer, is te vinde in die oorweging dat sodanige bepalinge onvermydelik tot gevolg het dat belangrike besluite ten opsigte van 'n begunstigde se private lewe met materiële gewin of verlies in verband gebring word. Hierdie gevolg is nie met die regsgevoel van die gemeenskap te versoen nie, aangesien die uitoefening van fundamentele regte deur sodanige begunstigde dientengevolge deur materiële oorwegings beperk kan word. Sodanige beperking kan in eietydse Suid-Afrikaanse verband 'n inbreuk daar stel op tersaaklike regte in die Handves van Regte vervat.

Hierdie standpunt is reeds in die gemene reg te bespeur. In *Aronson v Estate Hart* verwys appèlregter Van den Heever byvoorbeeld na Savigny wat met verwysing na voorwaardelike bemakings in die onderhawige verband van mening is dat "that the most intimate concern of a human being should be influenced by loss or gain is highly questionable".<sup>28</sup> Joubert toon ook in sy ontleding van sekere uitsprake van die *Hoge Raad* uit die agtiende eeu dat dié hof by geleentheid geloofsgebaseerde testamentêre verbeuringsbepalinge op grond van die onderhawige oorweging met ongeldigheid getref het:<sup>29</sup>

"The *ratio decidendi* was based on the principle of *freedom of religion*. It was found to be scandalous and therefore unlawful to compel a person to continue to profess his faith or not to change his faith in order to adopt another faith, by bequeathing him some benefit in a will subject to such a condition."

Ook in die moderne Suid-Afrikaanse reg is hierdie standpunt al geopper. In *Ex parte Wallace* merk regter-president De Vos Hugo in verband met die toepassing van die openbare belang-

---

<sup>28</sup>1950 1 SA 539 (A) 563. Sien 3 3 2.

<sup>29</sup>1968 SALJ 418. Sien 3 3 2.



maatstaf ingevolge artikel 3(1)(d) van die Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed juis op dat openbare belang nie gedien word indien mense se lewens deur 'n "dooie hand" beheer word of in 'n rigting gestuur word wat hulle nie gewillig is om self in te slaan nie.<sup>30</sup> Hahlo stel ook die onderhawige kwessie aan die orde in sy kritiek op die geldigheid wat in die *Aronson*-uitspraak toegesê is aan 'n geloofsgebaseerde testamentêre verbeuringsbepaling wat op huweliksluiting betrekking het en is van mening dat "it is contrary to our notions of propriety that a testator should be allowed to use the power of the purse to force his descendants for one, two or more generations to profess a faith which they may no longer hold and to refrain from following the dictates of their hearts in the choice of a mate if such choice happens to conflict with the ideas of their deceased ancestor".<sup>31</sup> Ook Corbett *et al* wys in hul bespreking van die uitspraak in *Ex parte Dessels*<sup>32</sup> daarop dat 'n voorwaardelike bemaking wat materiële bevoordeling aan die beperking van bewegingsvryheid en vryheid van assosiasie onderhewig stel, inderdaad as *contra bonos mores* aangemerkt moet word.<sup>33</sup>

'n Soortgelyke benadering is in ander regstelsels te bespeur. In "common law"-regstelsels is hierdie benadering inderdaad welbekend. In die Engelse reg merk Lord Atkin in *Clayton v Ramsden* ten opsigte van 'n geloofsgebaseerde verbeuringsbepaling wat op huweliksluiting betrekking het, byvoorbeeld op:<sup>34</sup>

"For my own part I view with disfavour the power of testators to control from their grave the choice in marriage of their beneficiaries and should not be dismayed if the power were to disappear."

Dieselfde uitgangspunt is al in die Engelse reg gehandhaaf ten opsigte van

<sup>30</sup>1970 1 SA 103 (NK) 106E-F. Sien 4 3 1 4.

<sup>31</sup>1950 SALJ 240-242. Sien 4 3 3 1.

<sup>32</sup>1976 1 SA 851 (D).

<sup>33</sup>*Law of Succession* 122. Sien 4 3 3 1.

<sup>34</sup>[1943] 1 All ER 16 21. Sien 6 2 2 2 3 1.



verbeuringsbepalings wat poog om die verhouding tussen ouer(s) en kind(ers) te beheer. In *Re Tegg, Public Trustee v Bryant* beslis regter Farwell byvoorbeeld dat 'n poging om met die uitoefening van 'n begunstigde se ouerlike pligte in te meng "by seeking to deprive her of a personal benefit if she carries out what she believes to be her duty by doing a particular thing, is no such condition as this court ought to enforce".<sup>35</sup> Die Australiese reg is ook met die onderhawige standpunt bekend. In *Trustees of Church Property of the Diocese of Newcastle v Ebbeck* formuleer hoofregter Dixon sy mening in dié verband, eweneens ten opsigte van 'n geloofsgebaseerde verbeuringsbepaling, soos volg:<sup>36</sup>

"In a marriage between a Protestant husband and a Roman Catholic wife it makes the adherence of the wife to her faith the cause of his forfeiting his very substantial share in his father's estate...Whether designedly or not such a disposition creates an opposition between the wife's religious beliefs and a serious temporal interest of the husband..."

In kontinentale regstelsels is die onderhawige standpunt ook al aan die orde gestel. In sowel die Nederlandse as die Belgiese reg word in beginsel aanvaar dat 'n voorskriftelike testamentêre bepaling inderdaad op die fundamentele regte van 'n begunstigde inbreuk kan maak. Die rede vir hierdie benadering is te vinde in die klaarblyklike dilemma waarvoor sodanige begunstigde as gevolg van die betrokke bepaling te staan (kan) kom. Die begunstigde word naamlik tot 'n moeilike keuse genoop tussen enersyds die instandhouding van die betrokke fundamentele reg by prysgawe van testamentêre bevoordeling of andersyds prysgawe van die betrokke fundamentele reg by die aanvaarding van testamentêre bevoordeling. Die blote feit dat 'n begunstigde voor hierdie dilemma te staan kom, bring ingevolge die onderhawige benadering mee dat sy keuse (tot welke besluit hy ook al kom) nie ten volle vry is nie en dat die tersaaklike fundamentele reg derhalwe geskend word.<sup>37</sup> Hierdie benadering is in die Nederlandse reg deur die *Hoge Raad* verwoord in die Elisabeth

---

<sup>35</sup>[1936] 2 All ER 878. Sien 6 2 2 2 3 1.

<sup>36</sup>[1960] 106 CLR 394 403-404. Sien 6 3 2 2 3 1.

<sup>37</sup>Sien 7 2 2 2 2 ten opsigte van die Nederlandse reg en 7 3 2 2 2 ten opsigte van die Belgiese reg.



Tisper-uitspraak ten opsigte van 'n testamentêre verbeuringsbepaling wat voorskrifte omtrent die doop van die kinders van 'n erfgenaam neergelê het. Die *Hoge Raad* is van mening "dat toch voor de ouders de doop hunner kinderen eene zaak is, die zij vrijelijk overeenkomstig hunne godsdienstige overtuiging behoorden te beslissen, zonder dat overwegingen van geldelijke aard daarbij invloed mogen oefenen".<sup>38</sup> Meijers merk in 'n nota by hierdie uitspraak op:<sup>39</sup>

"Deze beslissing en ook haar principiële motiveering vallen zeer toe te juichen. Het is een begrijpelijk verlangen van erflaters om door middel van hun vermogen nog na hun dood invloed op de daden van hun naasbestaanden uit te oefenen, maar even begrijpelijk is het dat het recht zich tegen deze heersucht verzet."

Ook in die Duitse reg word hierdie benadering deur sommige skrywers voorgestaan. Brox verklaar hyvoorbeeld in hierdie verband:<sup>40</sup>

"Der Erblasser darf nicht materielle Vorteile für solche Entschlüsse versprechen, die nach allgemeiner Anschauung frei von Zwang und Beeinflussung Dritter zu treffen sind und bei denen man sich nicht von materiellen Erwägungen leiten lassen soll."

Die gesag hierbo bespreek, dui daarop dat die onderhawige beginselstandpunt deurlopend 'n bepalende invloed op die benadering tot testamentêre verbeuringsbepalings (en ander voorwaardelike bepalinge met 'n soortgelyke voorskriftelike strekking) uitoefen. Coene merk juis in hierdie verband op dat die testament 'n dokument is waardeur die verdeling van bates na die dood van 'n testateur bewerkstellig word - dit dien nie in die eerste plek as instrument

---

<sup>38</sup>HR 21 Junie 1929 NJ 1325 1327-1328. Sien 7 2 2 2 3.

<sup>39</sup>HR 21 Junie 1929 NJ 1325 1328. Sien 7 2 2 2 3.

<sup>40</sup>*Erbrecht* 172. Sien 7 4 2 2 2.



om invloed in die private lewe van testamentêre begunstigdes uit te oefen nie.<sup>41</sup> Enige poging van 'n testateur om langs die weg van materiële bevoordeling ingevolge 'n voorwaardelike testamentêre bepaling invloed uit te oefen op belangrike keuses en besluite deur 'n begunstigde wat insgelyks met die uitoefening van fundamentele regte deur sodanige begunstigde verband hou, behoort derhalwe in beginsel met afkeer bejeën te word en kan in gepaste gevalle as *contra bonos mores* aangemerkt word.<sup>42</sup>

Verskeie standpunte word egter ook geredelik teen die (verdere) beperking van testeervryheid aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf ten opsigte van voorskriftelike voorwaardelike bepalings geopper.

Bogenoemde standpunt ten gunste van die (verdere) beperking van testeervryheid aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf ten opsigte van voorskriftelike voorwaardelike bepalings, word eerstens gekritiseer op grond van die oorweging dat dit 'n ongeregverdigde vraagteken agter die integriteit van die betrokke begunstigde plaas. 'n Begunstigde wat aan die hand van persoonlike oortuiging verkies om eerder sy vryheid tot die uitoefening van die tersaaklike fundamentele reg(te) in stand te hou, sal ingevolge die onderhawige punt van kritiek bloot die betrokke testamentêre bevoordeling repudieer sonder om onder die druk van materiële bevoordeling te swig, of sal, in 'n geval waar persoonlike oortuiging 'n mindere rol speel, steeds in staat wees om op rasonale wyse tot 'n besluit omtrent adiasie of repudiasie te kom. Hierdie standpunt is veral in "common law"-regstelsels te bespeur. Lord Wilberforce wys in *Blathwayt v Lord Cawley* ten opsigte van 'n verbeuringsbepaling wat voorskrifte omtrent die godsdienstige opvoeding van kinders neerlê juis daarop dat "[a] choice between considerations of material wealth and spiritual welfare has to be made by many...and it would be cynical to assume that these cannot be conscientiously and rightly made".<sup>43</sup> 'n Soortgelyke standpunt word *in casu* deur Lord Fraser gehandhaaf.<sup>44</sup>

---

<sup>41</sup>In *Rimanque et al Grondrechten in Private Verhoudingen* 329. Sien 7 3 2 2 2.

<sup>42</sup>Sien ook De Waal in *Rautenbach et al Bill of Rights Compendium* 3G24-3G27.

<sup>43</sup>[1975] 3 All ER 625 637. Sien soortgelyke standpunte van Lord Cross op 644. Sien 6 2 2 2 3 1.

<sup>44</sup>[1975] 3 All ER 625 650.



"If a parent has strong convictions he may well regard the religious upbringing of his child as of overriding importance not to be set against purely material considerations; if, on the other hand, his religious convictions are weak or non-existent, he can weigh a testamentary benefit with a religious condition attached as one among many factors affecting the welfare of his child. In neither case does the existence of the religious condition seem to me to offend against public policy merely because it might affect the parent's action."

Ook in die Australiese reg is hierdie standpunt welbekend. In *Trustees of Church Property of the Diocese of Newcastle v Ebbeck* vind regter Kitto dit ten opsigte van 'n geloofsgebaseerde verbeuringsbepaling eweneens moeilik om as algemene stelling te aanvaar dat "in most cases or even in a considerable number of cases, the pecuniary advantage thus bestowed upon dissolution of the marriage would appeal to the husband so strongly that, notwithstanding all considerations of opposite tendency, he would be likely to feel a real temptation to seek an end to his marriage, and to yield to it for the sake of the lucre".<sup>45</sup>

'n Tweede standpunt wat met die vorige verband hou, word fundeer op die afstanddoening van regte. Dié standpunt berus enersyds op die reedsgenoemde belangrike keuse tussen adiasie en repudiasie waarvoor enige testamentêre begunstigde te staan kom en andersyds op die oorweging dat tot hierdie keuse gekom word met volle kennis van die gevolge daarvan. 'n Testamentêre begunstigde ingevolge 'n voorwaardelike bepaling wat voorskrifte omtrent die uitoefening van sodanige begunstigde se fundamentele regte neerlê, word uiteraard voor 'n onverbiddelike keuse gestel: die begunstigde kan enersyds kies om sowel die bevoordeling as die gepaardgaande beswaring te aanvaar, of kan andersyds kies om sowel die bevoordeling as die gepaardgaande beswaring verwerp. Besluit die begunstigde dat hy eerder die uitoefening van sy fundamentele regte in stand wil hou, is repudiasie van die voordeel (soos in die standpunt hierbo betoog) die aangewese keuse. Val die begunstigde se keuse, met volle kennis omtrent die gevolge daarvan, egter op adiasie, word ingevolge die onderhawige standpunt aanvaar dat sodanige begunstigde van die betrokke fundamentele reg afstand gedoen het en hom derhalwe by die gevolglike invloed van die testateur in sy private lewe berus.

---

<sup>45</sup>[1960] 104 CLR 394 411. Sien 6 3 2 2 3 1.



Laasgenoemde standpunt kom geredelik in kontinentale regstelsels voor. In sowel die Nederlandse as die Belgiese reg word byvoorbeeld aanvaar dat fundamentele regte nie absolute werking geniet nie maar inderdaad deur toestemming of afstanddoening negeer kan word.<sup>46</sup> 'n Begunstigde wat derhalwe met volle kennis die bevoordeling ingevolge byvoorbeeld 'n geloofsgebaseerde verbeuringsbepaling aanvaar, doen ingevolge die onderhawige standpunt bewustelik van sy reg op geloofsvryheid afstand en kan hom derhalwe nie met 'n beroep op 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf oor die verlies van hierdie fundamentele reg bekla nie.

'n Derde standpunt teen die (verdere) beperking van testeervryheid aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf ten opsigte van voorskriftelike voorwaardelik bepalings, stel eenvoudig dat 'n testateur wat testamentêre bevoordeling onderhewig stel aan 'n voorskriftelike voorwaardelike bepaling wat met die uitoefening van fundamentele regte verband hou nie in die eerste plek poog om onbehoorlike invloed in die private lewe van 'n begunstigde uit te oefen nie maar eerder die beste belange van die betrokke begunstigde op die hart dra. Sodanige testateur behoort derhalwe nie by wyse van 'n beroep op 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf ter aanvegting van die betrokke bemaking vir sy goedgesindheid "gestraf" te word nie. Hierdie standpunt fundeer in die Suid-Afrikaanse reg byvoorbeeld die uitspraak in *Aronson v Estate Hart* ten opsigte van 'n verbeuringsbepaling wat verbondenheid aan en huweliksluiting binne die Joodse geloof vereis.<sup>47</sup> Appèlregter Greenberg is in sy uitspraak *in casu* juis van mening dat 'n huwelik tussen 'n Jood en nie-Jood geredelik tot verhoogde spanning en onversoembare verskille tussen die gades (kan) lei. Die kinders wat uit so 'n huwelik gebore word, kan volgens die appèlregter voorts maklik die slagoffers van sodanige gesinsprobleme word. Hy beslis derhalwe dat dit nie met openbare beleid in stryd is nie indien 'n testateur "(according to his rights) [attempts] to safeguard his descendants from these perils".<sup>48</sup> Ook appèlregter Van den Heever kom *in casu* tot 'n soortgelyke gevolgtrekking wanneer hy beslis dat "a condition

---

<sup>46</sup>Sien 7 2 2 2 2 vir die posisie in die Nederlandse reg en 7 3 2 2 2 vir die posisie in die Belgiese reg.

<sup>47</sup>1950 1 SA 539 (A). Sien 4 3 3 1.

<sup>48</sup>1950 1 SA 539 (A) 546.



that he shall not marry a person of another religion is conducive to harmonious and happy marriages".<sup>49</sup> Dieselfde benadering is ook in ander regstelsels te bespeur. Die onderhawige standpunt is byvoorbeeld al in die Nederlandse reg geopper. Sneepe reageer naamlik soos volg op die beskouing van Meijers ten opsigte van die uitspraak van die *Hoge Raad* in die Elisabeth Tisper-saak hierbo genoem:<sup>50</sup>

"Ik meen te mogen betwijfelen of wel zo in het algemeen gesteld kan worden, dat d.g. voorwaarden zijn toe te schrijven aan heerszucht van de erflaters. Kunnen deze niet evenzeer een gevolg zijn van de stem van het geweten van de erflater, die hem zegt zijn vermogen niet te vermaken aan andersdenkenden?"

Die vierde en laaste standpunt teen die (verdere) beperking van testeervryheid aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf ten opsigte van voorskriftelike voorwaardelik bepalings, lui dat 'n testateur wat sodanige bepaling in sy testament insluit nie daardeur poog om op onregverdigde wyse teen sekere begunstigdes te diskrimineer nie maar eerder trag om, in die lig van die feit dat testamentêre bevoordeling per definisie op voorkeur berus, tussen begunstigdes te onderskei. Hierdie standpunt is veral in "commom law"-regstelsels te bespeur. In die Engelse uitspraak in *Blathwayt v Lord Cawley* beslis Lord Wilberforce byvoorbeeld ten opsigte van 'n verbeuringsbepaling wat voorskrifte omtrent die godsdienstige opvoeding van kinders neerlê dat "I am unpersuaded that...public policy requires that testators may not prefer one branch of the family to another on religious grounds".<sup>51</sup> Lord Cross beslis op soortgelyke wyse in dieselfde uitspraak dat "it is [not] against public policy for an adherent of one religion to distinguish in disposing of his property between adherents of his faith and those of another".<sup>52</sup> Ook Lord Edmund-Davies beslis in

---

<sup>49</sup>1950 1 SA 539 (A) 567.

<sup>50</sup>1949 WPNR 344. Sien 7 2 2 2 3.

<sup>51</sup>[1975] 3 All ER 625 637. Sien 6 2 2 2 3 1.

<sup>52</sup>[1975] 3 All ER 625 639.



*casu*:<sup>53</sup>

"[I] echo the doubt expressed by...Lord Cross...that it is self-evidently against public policy for an adherent of one religion to distinguish between people of one faith or another when he is making his testamentary dispositions."

Bogaande beskouing toon dat grondige beginselstandpunte sowel ten gunste van as teen van die (verdere) beperking van testeervryheid aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf ten opsigte van voorskriftelike voorwaardelike testamentêre bepalings geopper kan word. Ten einde hierdie netelige kwessie bevredigend aan te spreek, moet, in die lig van die uitgangspunt hierbo gestel ten opsigte van die beperkende werking van sekere regte in die Suid-Afrikaanse Handves van Regte vervat,<sup>54</sup> 'n werkbare riglyn gevind word aan die hand waarvan genoemde botsende standpunte versoen kan word. Dit word in oorweging gegee dat sodanige riglyn te vinde is in 'n behoorlike oorweging deur 'n hof van die sonderlinge feite en omstandighede van elke besondere geval. Hierdie riglyn word in byna al die regstelsels wat in die vorige hoofstukke ondersoek is as praktiese riglyn in die onderhawige verband neergelê.

De Waal verklaar byvoorbeeld in sy bespreking van die moontlike beperkende invloed van die gelykheidsbepaling van die Suid-Afrikaanse Handves van Regte op testeervryheid dat "[e]ach controversial condition will have to be interpreted in the context of the specific will and prevailing circumstances".<sup>55</sup> Ook in die Engelse reg word sodanige riglyn geredelik gebruik. Lord Simon identifiseer die tersaaklike probleem soos volg in *Blathwayt v Lord Cawley*:<sup>56</sup>

"The actual personal circumstances can differ so greatly in these matters from

---

<sup>53</sup>[1975] 3 All ER 625 649.

<sup>54</sup>Sien 8 2 1.

<sup>55</sup>In Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G25.

<sup>56</sup>[1975] 3 All ER 625 637. Sien 6 2 2 2 3 1.



case to case that it is difficult to apply a general rule of public policy which is not either practically unreal in many cases or open to logical objection."

Die Engelse reg los hierdie probleem op juis deur behoorlike regterlike oorweging van die gevolg of resultaat van die betrokke testamentêre bepaling in die besondere feitlike situasie wat voor 'n hof te berde is. Hierdie benadering verklaar waarom sommige verbeuringsbepalings waardeur byvoorbeeld gepoog word om die verhouding tussen ouer(s) en kind(ers) te beheer in die verlede in die Engelse reg enersyds as strydig met openbare beleid aangemerkt is, terwyl ander soortgelyke bepalinge andersyds nie as in stryd met openbare beleid gesien is nie.<sup>57</sup> 'n Soortgelyke benadering is in die Australiese reg te bespeur. Regter Kitto merk byvoorbeeld in *Trustees of Church Property of the Diocese of Newcastle v Ebbeck* op dat die ongeldigheid waarmee testamentêre verbeuringsbepalings aan die hand van openbare beleidsoorwegings getref word, "must depend [on the particular circumstances of] every case".<sup>58</sup>

Die Nederlandse skrywer Kamphuisen betoog eweneens dat die onderhawige kwessie slegs deur die beoordeling van die feite van elke geval en met behoorlike in agneming van die bedoeling van die betrokke testateur en die tersaaklike belange van sowel die testateur as die begunstigde(s) kan geskied.<sup>59</sup> Van der Burght sluit hierby aan wanneer hy verklaar dat "[m]en moet steeds nagaan of in het concrete geval de strekking van de voorwaarde de uitoefening van ongeoorloofde dwang is: de bedoeling van de testateur vormt één van de in de beoordeling te betrekken factoren".<sup>60</sup> Ook Sneepe merk in sy kritiek op Meijers se beskouing van die uitspraak deur die *Hoge Raad* in die Elisabeth Tisper-saak op dat die onderhawige kwessie inderdaad "geval voor geval beslist moeten worden".<sup>61</sup> Coene gaan in haar beskouing van die ooreenstemmende posisie in die Belgiese reg met bogenoemde

---

<sup>57</sup>Sien 6 2 2 2 3 1.

<sup>58</sup>[1960] 104 CLR 394 409. Sien 6 3 2 2 3 1.

<sup>59</sup>1955 WPNR 358. Sien 7 2 2 2 2.

<sup>60</sup>*Het Nederlands Burgerlijk Wetboek* 78. Sien 7 2 2 2 3.

<sup>61</sup>1949 WPNR 344. Sien 7 2 2 2 3.



benadering van Kamphuizen akkoord. Sy doen eweneens aan die hand dat die besondere omstandighede van elke feitlike situasie na behore deur 'n hof oorweeg moet word en dat die bedoeling van die betrokke testateur asook die belange van die testateur en die begunstigde(s) in sodanige oorweging 'n rigtinggewende rol moet speel.<sup>62</sup> Die beoordeling van die onderhawige kwessie geskied in die Duitse reg aan die hand van soortgelyke oorwegings. Aldaar word strydigheid met die goeie sedes bepaal met verwysing na die "Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden". Die toets wat vir hierdie doel gebruik word, is objektief van aard - daar moet bepaal word of die betrokke testamentêre bepaling, objektief beoordeel aan die hand van die "Anschauung des anständigen Durchschnittsmensches", inderdaad in die besondere omstandighede met die goeie sedes bots. Die inhoud van die bepaling maar ook die gevolg daarvan is in hierdie beoordeling van besondere belang, aangesien dit nie die verwerplike gesindheid van 'n testateur is wat met 'n beroep op die goeie sedes bestraf wil word nie maar dit eerder die afkeurenswaardige regsgevolge van die betrokke bepaling is wat met sodanige beroep vermy wil word.<sup>63</sup>

Dit blyk ten slotte dat ook die Suid-Afrikaanse Grondwet in die onderhawige verband vir die beoordeling van die feite en omstandighede van elke geval voorsiening maak. Artikel 8(2) van die Grondwet bepaal byvoorbeeld in hierdie verband dat 'n natuurlike persoon deur 'n reg vervat in die Handves van Regte gebind word "indien, en in die mate waarin, dit [dié reg] toepasbaar is met inagneming van die aard van die reg en die aard van enige plig deur die reg opgelê". Cockrell verklaar ten opsigte van hierdie subartikel:<sup>64</sup>

"[S]ection 8(2) proceeds on the assumption that constitutional rights might be agent-relative and context-sensitive, inasmuch as their direct application against private agencies will depend on the circumstances of the case and the characteristics of the particular person."

---

<sup>62</sup>In *Rimanque et al Grondrechten in Private Verhoudingen* 329-332. Sien ook De Wilde en Van den Hove *Ervenissen en Testamenten* 135. Sien 7 3 2 2 2.

<sup>63</sup>Ebenroth *Erbrecht* 199-200; Brox *Erbrecht* 171-173. Sien 7 4 2 2 2.

<sup>64</sup>In *Rautenbach et al Bill of Rights Compendium* 3A8. Sien ook Woolman in Chaskalson *et al Constitutional Law of South Africa*; Wallis 1997 *Obiter* 210-211. Sien 5 2 2 2.



Ook die algemene begrensingsbepaling gee aan hierdie oorweging beslag. Hierdie bepaling vervul natuurlik 'n belangrike rol wanneer twee mededingende grondwetlike regte teen mekaar afgeweg word - in die onderhawige verband die reg op eiendom wat testeervryheid waarborg teen enige ander mededingende reg ter beperking van testeervryheid in Hoofstuk 5 bespreek. Artikel 36(1) van die Grondwet bepaal in hierdie verband dat die beperking van 'n reg in die Handves vervat slegs kan geskied met onder andere "inagneming van alle tersaaklike faktore" waarby inbegrepe is die aard van die betrokke reg, die belangrikheid en doel van die beperking, die aard en omvang van die beperking en die verband tussen die beperking en die doel daarvan. Hierdie faktore fokus onteenseglik die beoordeling van die vraag of die tersaaklike beperking "redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid" op die besondere feitlike omstandighede van elke geval.<sup>65</sup>

In die lig van bogenoemde oorwegings word in oorweging gegee dat die vryheid van Suid-Afrikaanse testateurs tot die beskikking oor boedelbates ingevolge voorskriftelike voorwaardelike testamentêre bepalings wel aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf beperk kan word maar dat sodanige beperking noodwendigerwys op kasuïstiese grondslag aan die hand van die feite en omstandighede van elke besondere geval moet geskied. Die faktore wat 'n hof in hierdie verband ter beoordeling van die feitlike gegewe kan gebruik, sluit onder andere in:<sup>66</sup>

- (a) die bedoeling van die testateur en algemene strekking van sy testament - is die betrokke voorskriftelike voorwaardelike bepaling in die lig van die geheel van die testament byvoorbeeld 'n poging aan die kant van die testateur om bloot tussen testamentêre begunstigdes te onderskei, of is dit 'n poging om daadwerklik teen 'n ingestelde begunstigde te diskrimineer;

---

<sup>65</sup>Sien 5 2 2 2.

<sup>66</sup>Die faktore hier bespreek komplementeer uiteraard dié wat deur 'n hof in die toepassing van die algemene begrensingsbepaling van die Handves van Regte gebruik sal word.



- (b) die belang van die testateur in die beoogde ingryping in die begunstigde se private lewe - het hy met ander woorde enersyds gepoog om langs die weg van testamentêre bevoordeling op ongeregverdigde wyse in die private lewe van 'n begunstigde in te meng of het hy andersyds 'n vasstelbare prysenswaardige oogmerk met die beoogde ingryping ten doel gehad;
- (c) die wyse waarop en die mate waarin die begunstigde se belange, objektief beoordeel, deur die betrokke testamentêre bepaling geraak word - wat is derhalwe die omvang van die beperking wat deur die bepaling op die uitoefening van fundamentele regte deur die begunstigde gelê word; en
- (d) die individuele begunstigde se bereidwilligheid om testamentêre bevoordeling ten koste van die vrye uitoefening van sy fundamentele regte te aanvaar al dan nie - kom die betrokke begunstigde naamlik as gevolg van die keuse tussen materiële bevoordeling en die voortgesette uitoefening van fundamentele regte daadwerklik voor 'n dilemma te staan, of is hy gewillig om laasgenoemde ten gunste van eersgenoemde prys te gee.

**8 2 2 3      *Standpunte ten gunste van en teen die (verdere) beperking van testeervryheid aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde boni mores-maatstaf ten opsigte van voorskriftelike bepalings met 'n liefdadigheids oogmerk***

Die beperking van testeervryheid aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf ten opsigte van voorskriftelike bepalings met 'n liefdadigheids oogmerk (veral by wyse van die liefdadigheidstrust) waardeur gepoog word om die benutting van bates in weerwil van (potensiële) begunstigdes se fundamentele regte te beheer, is moontlik dié een van die drie aangeleenthede onder bespreking waaroor dit die moeilikste is om uitsluitsel te kry. Die rede hiervoor is hoofsaaklik te vinde in die toegeeflike benadering wat tradisioneel ooreenkomstig gemeenregtelike beginsels in die Suid-Afrikaanse reg ten opsigte van sodanige bepalings gehandhaaf word. Ingevolge hierdie benadering word gepoog om, sover moontlik, bepalings met 'n liefdadigheids oogmerk in stand te hou, eerder as om sodanige bepalings aan



die hand van die inhoud daarvan met ongeldigheid te tref. Hierdie toegeeflike benadering fundeer die meeste beslissings in die Suid-Afrikaanse reg waarin veral liefdadigheidstrusts in stand gehou is ten spyte van die feit dat bevoordeling (en derhalwe die benutting van trustbates) ingevolge sodanige trusts op byvoorbeeld rasse-, nasionaliteits- of geloofsoorwegings berus.<sup>67</sup>

Die uitspraak van regter Berman in *Ex parte President of the Conference of the Methodist Church of Southern Africa: in re William Marsh Will Trust* open egter (in casu langs die weg van die Wet op die Beheer oor Trustgoed) die deur tot die aanvegting van (trust)bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk aan die hand van openbare belang, in die onderhawige verband derhalwe aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf.<sup>68</sup> Regter Berman beslis in 1993 in 'n aansoek om die wysiging van trustbepalings ingevolge artikel 13 van genoemde Wet dat 'n testamentêre liefdadigheidstrust wat toegang tot tehuise vir behoeftige kinders tot alleenlik blanke kinders beperk, nie aan die hand van openbare belang regverdig kan word nie.<sup>69</sup>

"It cannot seriously be contended that by continuing to restrict the intake of destitute children to the homes to those whose skins are white will better serve the interests of the public than to open their half-empty premises to children who are destitute but are excluded therefrom solely by reason of the fact that their skin is coloured brown or black or indeed any other colour but white. The contrary is unarguably the case - the interests of the public in this country, the inhabitants of which are mainly non-white, cries out for the need to house and care for destitute children, whatever their ethnological characteristics may be."

Nadasen en Pather beskou dan ook die *William Marsh*-beslissing as tekenend van die "direction currently being taken by our courts as it may relate to human rights and its

---

<sup>67</sup>Sien 4 3 3 2.

<sup>68</sup>1993 2 SA 697 (K).

<sup>69</sup>1993 2 SA 697 (K) 703I-J.



contribution towards the human rights culture" in die Suid-Afrikaanse reg.<sup>70</sup> Dit blyk in hierdie lig dat die *William Marsh*-uitspraak as 'n (grondwetlik-geïnspireerde) breuk met die tradisionele benadering tot die instandhouding van die liefdadigheidstrust gesien kan word.

"Common law"-regstelsels is eweneens met 'n toegeeflike benadering ten gunste van die instandhouding van bepalinge met 'n liefdadigheidsoogmerk bekend. In die Engelse reg (soos ook in die Australiese reg) is die vierledige klassifikasie van liefdadigheidstrusts byvoorbeeld besonder ruim en testateurs word geredelik veroorloof om, binne die omvang van hierdie klassifikasie, beheer oor die benutting van bates uit te oefen deur middel van liefdadigheidstrusts ingevolge waarvan bevoordeling beperk word op grond van oorwegings wat met onder andere ras, nasionaliteit, geloof of geslag verband hou.<sup>71</sup> Hierdie posisie word deur wetgewing in die hand gewerk deurdat Engelse liefdadigheidsorganisasies (soos testamentêre liefdadigheidstrusts) deur sowel die *Race Relations Act* van 1976 as die *Sex Discrimination Act* van 1975 vergun word om bevoordeling aan die hand van ras, kleur en geslag te laat geskied. Genoemde Wette bepaal egter uitdruklik dat hierdie vergunnings nie in alle gevalle geld nie. Die vergunnings van die *Race Relations Act* is byvoorbeeld nie van toepassing in 'n geval waar (potensiële) begunstigdes van 'n liefdadigheidsorganisasie aan die hand van ras of kleur uitgesluit word nie en ook nie in 'n geval waar begunstigdes as 'n groep of klas met verwysing na kleur omskryf word nie. Die vergunnings van die *Sex Discrimination Act* word ten opsigte van opvoedkundige liefdadigheidsorganisasies in bepaalde gevalle gekwalifiseer deur 'n aansoekprosedure ingevolge waarvan die bevoordeling deur sodanige organisasies van lede van een geslag alleenlik, beëindig of gewysig kan word ten einde die bevoordeling van beide geslagte moontlik te maak.<sup>72</sup> Hierdie Engelsregtelike statutêre maatreëls bied 'n goeie illustrasie van die netelige aard van die onderhawige probleem - liefdadigheidsorganisasies word enersyds op toegeeflike wyse deur wetgewing toegelaat om in die openbare belang op byvoorbeeld rasse-, nasionaliteits- of geloofsgrondslag te funksioneer maar hierdie vergunnings word andersyds ingevolge dieselfde wetgewing in gepaste gevalle aan sekere beperkings onderhewig gestel, klaarblyklik eweneens ten einde die

---

<sup>70</sup>1995 *Stell LR* 256.

<sup>71</sup>Sien 6 2 2 2 3 2.

<sup>72</sup>Sien 6 2 2 2 3 2.



openbare belang te dien.

Die beginselstandpunt teen die beperking van testeervryheid aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf ten opsigte van bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk, onder andere dié wat berus op oorwegings wat met ras, nasionaliteit of geloof verband hou, word deur regter Buckley in die Engelse uitspraak in *In re Lysaght, Hill v The Royal College of Surgeons* ten opsigte van 'n ras- en geloofsgebaseerde trustbepaling verwoord.<sup>73</sup>

"I accept that racial and religious discrimination is nowadays widely regarded as deplorable in many respects...but I think that it is going much too far to say that the endowment of a charity, the beneficiaries of which are to be drawn from a particular faith or are to exclude adherents of a particular faith, is contrary to public policy."

Hierdie standpunt word ondersteun deur die uitgangspunt dat die geredelike beperking van testeervryheid ten opsigte van bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk testateurs in die algemeen daarvan kan weerhou om bepaalde groepe in die gemeenskap langs die weg van sodanige bepalings te bevoordeel - tot nadeel van organisasies en instellings wat inderdaad by sodanige bemakings kan baat. Die probleem wat hom egter in die *Lysaght*-saak, soos trouens ook in die *William Marsh*-saak, voorgedoen het, is dat die trustees van die betrokke trusts hulself onwillig verklaar het om die trusts te administreer indien sodanige administrasie aan die hand van (deur die trustees gesien as) diskriminerende trustbepalings geskied. Buiten die feit dat hierdie standpunt van die trustees gesien kan word as tekenend van die afkeer waarmee die trustbepalings onder bespreking in die algemeen ingevolge die regsgevoel van die gemeenskap bejeën word, is dit insiggewend dat die onderskeie regters in beide genoemde uitsprake, ten spyte van die toegeeflike benadering wat in beide regstelsels ten opsigte van bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk gevolg word, genoop voel om die betrokke trustees langs die weg van 'n wysiging van die betrokke trustbepalings tegemoet te kom. In die *Lysaght*-uitspraak doen regter Buckley dit op grond van 'n (bedenklike) interpretasie van die testatrisse se bedoeling aan die hand van die *cy prés*-leerstuk, terwyl regter Berman dit in die

---

<sup>73</sup>[1966] Ch 191 206. Sien 6 2 2 2 3 2.



*William Marsh*-uitspraak juis met 'n beroep op openbare belang vermag.

'n Standpunt wat geredelik teen die beperking van testeervryheid aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf in die onderhawige verband geopper word, fokus op die feit dat die instel van bepaalde begunstigdes en die uitsluit van ander (potensiële) begunstigdes ingevolge bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk inderwaarheid op die uit-en-uit onderwing van laasgenoemde neerkom. Indien uit-en-uit onderwing as sodanig nie met 'n beroep op 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf aangeveg kan word nie (soos inderdaad hierbo betoog is<sup>74</sup>), dan volg dit dat ook bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk wat bevoordeling op byvoorbeeld rasse-, nasionaliteits- of geloofsgrondslag beperk (en derhalwe die benutting van bates aan die hand van dieselfde oorwegings beheer), eweneens nie vatbaar is vir aanvegting deur diegene wat van bevoordeling uitgesluit is nie.

'n Standpunt wat teenoor die vorige staan, berus op die oorweging dat bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk per definisie 'n element van openbare belang ("public benefit") vertoon, terwyl bepalings wat nie 'n liefdadigheidsoogmerk openbaar nie, nie hierdie eienskap ten toon (hoef te) stel nie. Die uit-en-uit onderwing van (potensiële) begunstigdes ingevolge bepalings wat nie 'n liefdadigheidsoogmerk openbaar nie, geskied derhalwe sonder dat die breë gemeenskap regstreeks daardeur geraak word en die "onreg" wat die onterfdes (na hul mening) aangedoen word, het dientengevolge geen negatiewe uitwerking op die breë gemeenskap nie. Die uitsluiting van sekere (potensiële) begunstigdes ingevolge bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk kan, die element van openbare belang ("public benefit") in ag genome, egter wel in gepaste omstandighede die belange van die breë gemeenskap dermate benadeel dat openbare belang ("public interest") in gedrang kom. Dit sal by uitstek die geval wees indien, soos in die *William Marsh*-saak, diegene wat aan die hand van byvoorbeeld ras, nasionaliteit of geloof uitgesluit is, juis 'n besondere en/of dringende behoefte aan die testateur se welwillendheid openbaar, terwyl die ingestelde begunstigdes nie (langer) 'n soortgelyke behoefte aan bevoordeling ervaar nie.<sup>75</sup>

---

<sup>74</sup>Sien 8 2 2 1.

<sup>75</sup>Sien 4 3 3 2.



Laasgenoemde standpunt ten gunste van die beperking van testeervryheid in die onderhawige verband verkry bykomende stukrag indien die betrokke testateur sy welwillendheid bestem het vir 'n organisasie waarby die staat inspraak het. Die teenwoordigheid van staatsbetrokkenheid by 'n organisasie wat voordeel uit sodanige testateur se bepalings met 'n liefdadigheidsdoelmerk trek, open die deur vir 'n direkte beroep op tersaaklike regte vervat in 'n handves van regte, aangesien (potensiële) begunstigdes wat aan die betrokke organisasie verbonde is en/of deur die betrokke organisasie bevoordeel staan te word en aldus van bevoordeling uitgesluit is, die staat met sodanige beroep van die bedryf van 'n diskriminerende praktyk kan weerhou.<sup>76</sup>

Bogaande beskouing toon dat, soos in die geval van voorskriftelike voorwaardelike bepalings, grondige beginselstandpunte sowel ten gunste van as teen die (verdere) beperking van testeervryheid aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf ten opsigte van voorskriftelike testamentêre bepalings met 'n liefdadigheidsdoelmerk geopper kan word. Dit word, in die lig van die uitgangspunt hierbo gestel ten opsigte van die beperkende werking van sekere regte in die Suid-Afrikaanse Handves van Regte vervat,<sup>77</sup> in oorweging gegee dat, eweneens soos in die geval van voorskriftelike voorwaardelike bepalings, dié botsende standpunte versoen kan word langs die weg van 'n behoorlike oorweging deur 'n hof van die sonderlinge feite en omstandighede van elke besondere geval. Dit word voorts aan die hand gedoen dat sodanige beoordeling deur 'n hof inderdaad in gepaste gevalle tot beperking van die vryheid van Suid-Afrikaanse testateurs tot die beskikking oor boedelbates ingevolge voorskriftelike bepalings met 'n liefdadigheidsdoelmerk aan die hand van 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf kan lei. Sodanige beperking sal noodwendigerwys op kasuïstiese grondslag aan die hand van die feite en omstandighede van elke besondere geval moet geskied. Die faktore wat 'n hof in hierdie verband ter beoordeling van die feitlike gegewe kan gebruik, sluit onder andere in:<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup>De Waal in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G27. Sien 5 2 1 1.

<sup>77</sup>Sien 8 2 1.

<sup>78</sup>Die faktore hier bespreek komplementeer eweneens dié wat deur 'n hof in die toepassing van die algemene begrensingsbepaling van die Handves van Regte gebruik sal word.



- (a) die bedoeling van die testateur en algemene strekking van sy testament - is die uitsluiting wat met die fundamentele regte van (potensiële) begunstigdes verband hou, in die lig van die geheel van die testament, bepalend tot die testateur se wense, of kan dit, soos in byvoorbeeld die *Lysaght*-saak, as 'n nie-wesenlike en derhalwe ignoreerbare deel van die testateur se liefdadigheidsdoelmerk gesien word;
- (b) die tidsverloop tussen en verandering in omstandighede sedert die testateur se dood en die aansoek om regshulp ten opsigte van die betrokke bepaling met 'n liefdadigheidsdoelmerk - het omstandighede met verloop van tyd dermate verander (moontlik op 'n wyse wat nie deur die testateur by verlyding van sy testament voorsien is nie) dat openbare belang (in die betekenis van sowel "public benefit" as "public interest") vereis dat die uitsluiting deur die testateur opgelê, nie meer van krag behoort te wees nie;
- (c) die wyse waarop en die mate waarin sowel die ingestelde begunstigdes as die uitgeslote (potensiële) begunstigdes se belange, objektief beoordeel, deur die betrokke testamentêre bepaling geraak word - wat is derhalwe die omvang van die uitsluiting wat met verwysing na fundamentele regte deur die bepaling opgelê word; en
- (d) die persoon of organisasie wat deur die testateur aangewys is om die betrokke bepaling met 'n liefdadigheidsdoelmerk uit te voer (byvoorbeeld die trustee(s) van 'n liefdadigheidstrust) se bereidwilligheid (al dan nie) om bevoordeling aan die hand van byvoorbeeld rasse-, nasionaliteits- of geloofsoorwegings aan begunstigdes toe te deel - enige onwilligheid aan die kant van die betrokke funksionaris kan 'n hof, soos in die *William Marsh*- en *Lysaght*-uitsprake, tot gepaste regshulp noop.

### 8 2 3 Remedies

In hierdie gedeelte word gelet op enkele remedies wat deur 'n hof toegestaan kan word wanneer dit genader word om regshulp ten opsigte van testamentêre bepalinge (hetsy voorskriftelike voorwaardelike bepalinge of voorskriftelike bepalinge met 'n liefdadigheidsdoelmerk) wat berus op oorwegings wat met die fundamentele regte van die



ingestelde of uitgeslote (potensiële) begunstigdes verband hou. Relevante remedies waarby 'n grondwetlike beroep nie ter sake is nie word enersyds beskou, waarna gepaste remedies in die lig van 'n grondwetlike beroep andersyds onder die loep geneem word. Die gedeelte word afgesluit met 'n voorstel ten opsigte van 'n nuwe statutêre remedie wat in die lig van die studie in hierdie werk onderneem die onderhawige kwessie ten beste aanspreek.

### 8 2 3 1      *Remedies waarby 'n grondwetlike beroep nie ter sake is nie*

Hoewel die onderwerp-spesifieke probleemstelling in Hoofstuk 1 geformuleer die beperking van testeervryheid ten opsigte van voorskriftelike testamentêre bepalinge aan die hand van 'n grondwetlike beroep aan die orde stel, fundeer sodanige beroep nie alle moontlike remedies in hierdie verband nie. In hierdie gedeelte word derhalwe, ter wille van volledigheid, kortliks op twee remedies gelet wat wel in die onderhawige verband ter sprake kan kom maar wat nie op 'n grondwetlike beroep as sodanig berus nie.

Die eerste remedie berus op 'n beroep op die vaagheid of onsekerheid van die betrokke testamentêre bepaling, veral waar sodanige bepaling berus op oorwegings wat met ras, nasionaliteit of geloof verband hou. Sowel die Suid-Afrikaanse reg<sup>79</sup> as die Engelse reg<sup>80</sup> en die Australiese reg<sup>81</sup> maak vir sodanige beroep voorsiening. In laasgenoemde twee regstelsels vind aanvechting in die onderhawige verband trouens meer geredelik aan die hand van vaagheid of onsekerheid dan met 'n beroep op openbare beleid plaas. Alhoewel die toets wat in die Suid-Afrikaanse reg gebruik word om die vaagheid of onsekerheid van testamentêre bepalinge vas te stel minder streng is as die ooreenstemmende toets van die Engelse en Australiese reg, bly dit steeds moontlik om sodanige bepalinge, veral dié wat op ras, nasionaliteit of geloof berus, in die Suid-Afrikaanse reg op grond van vaagheid of onsekerheid aan te veg indien die betrokke bepalinge gebuk gaan onder so 'n gebrekkige aanduiding van die testateur se bedoeling dat dit onmoontlik is om sinvolle uitvoering daaraan te gee. Sou 'n hof bevind dat 'n testamentêre bepaling 'n voorskrif bevat wat inderdaad te

---

<sup>79</sup>Sien 4 3 3 3.

<sup>80</sup>Sien 6 2 2 2 3 3.

<sup>81</sup>Sien 6 3 2 2 3 3.



vaag of onseker is om sinvolle uitvoering te verseker, word die voorskrif geag *pro non scripto* te wees en die bepaling word vry van die voorskrif uitgevoer. Op hierdie wyse kan effektiewelik (en sonder 'n grondwetlike beroep) aan die ongewenste gevolge van omstrede testamentêre bepalings ontkom word.

'n Tweede remedie wat veral ten opsigte van voorwaardelike bepalings te berde kan kom, berus op 'n beroep dat die verbod in die betrokke bepaling vervat 'n naakte verbod (*nudum praeceptum*) daarstel en gevolglik kragteloos is. 'n *Nudum praeceptum* is 'n verbodsbepaling waarin niemand aangewys is om die verbod te implementeer nie.<sup>82</sup> 'n Verbeuringsbepaling waarin 'n testateur 'n begunstigde verbied om met 'n Jood in die huwelik te tree maar versuim om 'n alternatiewe begunstigde aan te dui aan wie die bevoordeling sal toekom, sou die ingestelde begunstigde wel met 'n Jood trou, stel byvoorbeeld so 'n naakte verbod daar. 'n Bepaling wat 'n *nudum praeceptum* bevat, kan, na gelang van omstandighede, òf in die geheel nietig verklaar word òf die betrokke verbod self kan as ongeldig aangemerkt word.<sup>83</sup> In bogaande voorbeeld kan 'n hof byvoorbeeld besluit om met die voorwaarde wat die verbod op huweliksluiting verwoord, weg te doen en die bevoordeling onbeswaard aan die ingestelde bevoordeelde toe te ken.<sup>84</sup> Op hierdie wyse kan eweneens effektiewelik (en sonder 'n grondwetlike beroep) aan die ongewenste gevolge van omstrede testamentêre bepalings ontkom word.

### 8 2 3 2      *Remedies in die lig van 'n grondwetlike beroep*

Soos reeds getoon, berus die vernaamste grondwetlik-gefundeerde remedies ter beperking van testeervryheid ten opsigte van voorskriftelike testamentêre bepalings waardeur gepoog word om die gedrag van begunstigdes en/of die benutting van bates te beheer op 'n beroep dat die betrokke testamentêre bepaling teen die *boni mores* of regsgevoel van die gemeenskap indruis

---

<sup>82</sup>Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 187; De Waal en Schoeman *Erfreg* 64 n 297.

<sup>83</sup>Corbett *et al Law of Succession* 81; 113.

<sup>84</sup>Sien in die algemeen *Aronson v Estate Hart* 1950 1 SA 539 (A) 552; *Barnett v Estate Schreschewske* 1957 3 SA 679 (K) 686B-C.



en derhalwe nie geldiglik werking kan geniet nie. Die toepassing van die *boni mores*-maatstaf in hierdie verband word in die Suid-Afrikaanse reg deur hoofsaaklik gemeenregtelike beginsels beheers. 'n Hof wat beslis dat 'n voorskriftelike testamentêre voorwaarde as *contra bonos mores* aangemerkt kan word, kan enersyds beveel dat die betrokke bepaling in sy geheel nietig is en dat die bemaakte bate(s), na gelang van die geval, òf in die restant van die boedel val om onder die testateur se erfgename verdeel te word òf ingevolge die intestate erfreg verdeel moet word. 'n Hof kan andersyds beveel dat slegs die betrokke voorwaarde as *pro non scripto* geag word en dat die ingestelde begunstigde dientengevolge onvoorwaardelik erf, mits die bemaking na skraping van die voorwaarde steeds sinvol uitgevoer kan word.<sup>85</sup>

'n Hof wat beslis dat 'n voorskriftelike testamentêre bepaling met 'n liefdadigheidsoogmerk as *contra bonos mores* aangemerkt kan word, kan insgelyks beveel dat die betrokke bepaling in sy geheel nietig is en dat die bemaakte bates, na gelang van die geval, òf in die restant van die boedel val om onder die testateur se erfgename verdeel te word òf ingevolge die intestate erfreg verdeel moet word. Indien die testateur gepoog het om deur middel van die gewraakte bepaling 'n liefdadigheidstrust op te rig, mag 'n hof, eweneens na gelang van omstandighede, enersyds bevind dat die trustdoel as onregmatig aangemerkt kan word en dat geen geldige trust dientengevolge tot stand gekom het nie, met soortgelyke gevolge as hierbo geskets.<sup>86</sup> Word 'n aansoek, veral met beroep op die eise van openbare belang ("public interest"), om die wysiging of skraping van die gewraakte trustbepaling(s) gedoen, kan 'n hof andersyds sodanige aansoek aan die hand van artikel 13 van die Wet op die Beheer oor Trustgoed toestaan, of enige ander bevel gee wat die hof gerade ag.<sup>87</sup>

Enige tersaaklike beperking wat in die onderhawige verband op onroerende goed rus, kan met 'n beroep op openbare belang ingevolge artikel 3(1)(d) van die Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed aangeveg word.<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup>Corbett *et al Law of Succession* 81; Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 187.

<sup>86</sup>Honoré en Cameron *South African Law of Trusts* 139-141.

<sup>87</sup>Sien 4 3 1 5.

<sup>88</sup>Sien 4 3 1 4.



### 8 2 3 3      *'n Voorgestelde nuwe remedie*

Dit word aan die hand gedoen dat statutêre beslag gegee word aan die voorstelle hierbo met betrekking tot die beperking van testeervryheid aan die hand van die *boni mores*-maatstaf voorgehou. Sodanige nuwe statutêre remedie behoort in die Wet op Testamente vervat te word en moet aanvullend funksioneer tot die tersaaklike bestaande remedies in die vorige gedeelte bespreek (en derhalwe aanvullend tot enige tersaaklike ontwikkeling van die gemene reg in die onderhawige verband ingevolge artikel 8(3) van die Grondwet<sup>89</sup>). Dit word in oorweging gegee dat die voorgestelde nuwe bepaling van die Wet op Testamente geskoei word op die lees van artikel 13 van die Wet op die Beheer oor Trustgoed. Dié bepaling kan soos volg daar uitsien:

"Indien 'n testament 'n bepaling bevat, uitgesonderd 'n bepaling waardeur uit-en-uit onderwing anders dan ingevolge 'n bepaling met 'n liefdadigheidsoogmerk bewerkstellig word, wat gevolg teweegbring wat in stryd met openbare belang/beleid is, kan die hof, op aansoek van enige persoon wat na die hof se oordeel voldoende belang by die uitvoering van sodanige bepaling het, enige sodanige bepaling, na behoorlike oorweging van die besondere feitlike omstandighede, skrap of wysig of ten opsigte daarvan enige bevel gee wat daardie hof billik ag."

Hierdie voorgestelde nuwe statutêre bepaling kan soos volg ontleed word:

(a) "Indien 'n testament 'n bepaling bevat...":

Die voorgestelde nuwe bepaling is op enige testamentêre bemaking van toepassing. In die lig van die studie in Afdelings A, B en C van hierdie werk, sal 'n beroep op die voorgestelde bepaling by uitstek voorkom ten opsigte van voorwaardelike testamentêre bepalings asook testamentêre bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk waardeur op voorskriftelike wyse gepoog word om die gedrag van begunstigdes en/of benutting van bates te beheer.

---

<sup>89</sup>Sien 5 2 3.



- (b) "...uitgesonderd 'n bepaling waardeur uit-en-uit onderwing anders dan ingevolge 'n bepaling met 'n liefdadigheidsoogmerk bewerkstellig word...":

Testeervryheid tot die onderwing van (potensiële) begunstigdes word deur die voorgestelde bepaling gestand gedoen en sodanige onderwing kan nie met 'n beroep op hierdie bepaling betwis word nie, selfs al hou die onderwing met die fundamentele regte van die onderfde(s) verband. Bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk ingevolge waarvan sekere begunstigdes ingestel en ander (potensiële) begunstigdes uitgesluit word, kan egter wel in gepaste omstandighede met 'n beroep op die onderhawige bepaling betwis word.

- (c) "...wat gevolge teweegbring...":

Die voorgestelde bepaling fokus op die gevolge van die betrokke testamentêre bepaling en nie soseer op die bepaling self nie.<sup>90</sup> Die deur vir die oorweging deur 'n hof van die feite en omstandighede van elke geval word terselfdertyd geopen.

- (d) "...wat in stryd met openbare belang/beleid is...":

Die gevolge wat deur die betrokke bepaling teweeggebring word, moet in stryd met openbare belang/beleid wees, dit wil sê as *contra bonos mores* of teen die regsgevoel van die gemeenskap aangemerkt kan word. 'n Aansoeker ingevolge die onderhawige bepaling kan hom uiteraard vir hierdie doel beroep op tersaaklike regte in die Suid-Afrikaanse Handves van Regte vervat. In geval van 'n beroep op testeervryheid deur 'n party wat die aansoek teenstaan, sal die hof testeervryheid teen die tersaaklike fundamentele reg(te) moet afweeg. Sou die hof bevind dat laasgenoemde in die betrokke omstandighede swaarder as eersgenoemde weeg, kan die hof die aangeleentheid verder ooreenkomstig die onderhawige bepaling besleg.

- (e) "...kan die hof...":

Die hof, in die onderhawige verband enige provinsiale of plaaslike afdeling van die hoërhof wat oor regsbevoegdheid beskik, geniet 'n diskresie om, na gelang van die

---

<sup>90</sup>Sien byvoorbeeld 4 3 3 2 vir Van der Spuy se kritiek op regter Berman se toepassing in hierdie verband van artikel 13 van die Wet op die Beheer oor Trustgoed in die *William Marsh*-saak.



bevindings deur sodanige hof gemaak, 'n bevel ingevolge die voorgestelde bepaling te gee al dan nie.

- (f) "...op aansoek van enige persoon wat na die hof se oordeel voldoende belang by die uitvoering van sodanige bepaling het...":

Die aansoekers ingevolge die voorgestelde bepaling sluit enige (na die hof se oordeel) belanghebbende persoon in. Ten opsigte van voorwaardelike bepalings sal veral ingestelde begunstigdes of diegene wat namens sodanige begunstigdes optree soos ouers, voogde, kuratore of trustees en selfs intestate erfgename as aansoekers kwalifiseer. Ten opsigte van bepalings met 'n liefdadigheidsmerk sal veral ingestelde begunstigdes, onder andere trustees en liefdadigheidsorganisasies, asook uitgeslote (potensiële) begunstigdes en selfs intestate erfgename as aansoekers kwalifiseer.

- (g) "...enige sodanige bepaling...skrap of wysig of ten opsigte daarvan enige bevel gee wat daardie hof billik ag.":

Die voorgestelde bepaling stel 'n hof in staat om, na gelang van die besondere omstandighede, regshulp te verleen wat die betrokke aansoeker ten beste tegemoet sal kom.

- (h) "...na behoorlike oorweging van die besondere feitlike omstandighede...":

Die voorgestelde bepaling berus op 'n behoorlike oorweging deur 'n hof van die sonderlinge feite en omstandighede van elke besondere geval. Uitsprake aan die hand van die voorgestelde bepaling sal derhalwe noodwendigerwys op kasuïstiese grondslag plaasvind met inagneming van die faktore hierbo in hierdie verband gelys.<sup>91</sup>

---

<sup>91</sup>Sien 8 2 2 2 en 8 2 2 3.



### 8 3 ILLUSTRASIE VAN DIE VOORGESTELDE OPLOSSING TOT DIE GESTELDE PROBLEEM AAN DIE HAND VAN PRAKTIESE VOORBEELDE

In hierdie gedeelte word die voorstelle ter oplossing van die onderwerp-spesifieke probleemstelling deur enkele voorbeelde toegelig terwyl praktiese beslag terselfdertyd gegee word aan die geheel van die studie in hierdie werk onderneem. Die voorbeelde wat beskou word, is hipoteties van aard en verteenwoordig nie 'n volledige opgawe van alle moontlike feitlike situasies nie. Die fokus val eerstens op voorskriftelike voorwaardelike bepalinge, waarna voorskriftelike bepalinge met 'n liefdadigheidsmerk beskou word.

#### 8 3 1 Voorskriftelike voorwaardelike bepalinge

(a) Die testament van A bepaal:

"Ek bemaak al my bates (ter waarde van R3,5 miljoen) aan my seun, B, maar hy sal hierdie voordeel verbeur indien hy met 'n Duitser (of met 'n swart persoon of buite die Joodse geloof) sou trou, in welke geval die voordeel na my dogter, C, moet gaan."

*Geval 1:* Dit blyk dat B, 'n ongetroude Suid-Afrikaanse burger van twee-en-twintigjarige ouderdom, enkele maande voor sy vader se dood 'n gulde werkaanbod uit Duitsland ontvang het en dat hy diensengevolge op die punt staan om hom permanent in Duitsland te vestig. Die waarskynlikheid is dus groot dat hy met 'n Duitser sal trou. B versoek derhalwe die hof om die voorwaarde te skrap.

Bogaande bepaling maak inbreuk op B se vrye keuse van 'n lewensmaat en doen so op grond van nasionaliteit, of te wel etniese herkoms - juis in die gelykheidsbepaling van die Grondwet gelys as een van die gronde waarop nie onbillik gediskrimineer mag word nie.<sup>92</sup> B kan hom dus ingevolge die voorgestelde statutêre bepaling (en met 'n beroep op die reg op gelykheid)

---

<sup>92</sup>Sien 5 3 2 1.



tot die hof wend en versoek dat die onderhawige voorwaarde aan die hand van die voorskrifte van openbare belang/beleid geskrap word. 'n Hof behoort sodanige aansoek (met inagneming van die bedoeling van die testateur en die algemene strekking van sy testament) toe te staan. Bogenoemde bepaling openbaar eerstens geen vasstelbare prysenswaardige oogmerk aan die kant van A wat ingryping in B se private lewe regverdig nie. Die beperking wat die bepaling op B se vrye keuse van 'n lewensmaat lê, is, in die lig van die besondere feitlike omstandighede, tweedens betreklik omvangryk. B verklaar derdens dat die keuse tussen (aansienlike) materiële bevoordeling en die uitoefening van sy vryheid tot keuse van 'n lewensmaat hom voor 'n daadwerklike dilemma te staan bring. Dit blyk derhalwe dat B, in die lig van die feitlike gegewe, onder onbillike diskriminasie ten opsigte van die keuse van 'n lewensmaat gebuk gaan. B se belang by die vrye (en gelyke) keuse van 'n lewensmaat weeg, in die lig van genoemde oorwegings en beoordeel aan die hand van die *boni mores*, swaarder as sy vader se vryheid tot testamentêre beskikking.

*Geval 2:* Dit blyk dat B, 'n Suid-Afrikaanse burger wat aan 'n Duitser verloof is, enkele maande voor sy vader se dood 'n gulde werkaanbod uit Duitsland ontvang het en dat hy op die punt staan om hom permanent in Duitsland te vestig, waarna hy met sy Duitse verloofde in die huwelik wil tree. Dit blyk voorts dat die boedelbates wat aan B bemaak is hoofsaaklik uit waardevolle familie-erfstukke bestaan wat ingevolge die (hipotetiese) Duitse huweliksgoederebedeling ten volle en uitsluitlik die vroulike eggenoot toekom.

Bogaande bepaling maak eweneens inbreuk op B se vrye keuse van 'n lewensmaat en doen weer eens so op een van die gronde wat deur die gelykeidsbepaling van die Suid-Afrikaanse Grondwet as verbode ter onbillike diskriminasie gelys word. In die onderhawige geval het die testateur egter, op grond van die feitlike omstandighede, 'n besondere belang by die beperking wat deur die voorwaarde opgelê word. 'n Hof sal derhalwe nie noodwendig A se poging tot voorskriftelikheid omtrent huweliksluiting as 'n poging tot onbillike diskriminasie in weerwil van die reg op gelykheid bejeën nie maar eerder as 'n poging aanmerk om, in die lig van die besondere feitlike gegewe, tussen begunstigdes te onderskei (welke bevinding denkbaar deur die algemene strekking van A se testament onderskraag sal word). Al is die beperking wat deur die bepaling opgelê word, net so omvangryk soos in Geval 1, behoort B se aansoek ingevolge die voorgestelde statutêre bepaling om die skraping van die



onderhawige voorwaarde te misluk, aangesien A se belang by die behoud van waardevolle familie-erfstukke (teenoor die verlies daarvan ingevolge die Duitse huweliksgoederereg, sou B wel met sy verloofde trou) klaarblyklik in die omstandighede swaarder weeg as B se vrye (en gelyke) keuse van 'n lewensmaat.

(b) Die testament van A bepaal:

"Ek bemaak al my bates (ter waarde van R3,5 miljoen) aan my seun, B, maar hy sal hierdie voordeel verbeur indien hy die Christelike geloof versaak (of hy hom nie tot die Joodse geloof bekeer nie of hy nie 'n lid van die Rooms-Katolieke Kerk word nie), in welke geval die voordeel na my dogter, C, moet gaan."

*Geval 1:* Dit blyk dat B, 'n ongetroude jongman wat in die Christelike tradisie opgevoed is, ongeveer 'n jaar voor sy vader se dood 'n Jodin ontmoet het en beplan om met haar in die huwelik te tree. Hy het laat blyk dat hy vir hierdie doel die Joodse geloof gaan aanneem, juis omdat Judaïsme (hipoteties) vereis dat 'n nie-Jood hom tot die Jodedom wend alvorens hy met 'n Jodin mag trou. B versoek derhalwe die hof om die voorwaarde te skrap.

Bogaande bepaling maak enersyds inbreuk op B se vryheid van godsdiens soos in artikel 15 van die Grondwet vervat.<sup>93</sup> Die bepaling maak andersyds, soos in die vorige voorbeeld, inbreuk op B se vrye keuse van 'n lewensmaat en doen so op grond van godsdiens - in die gelykeidsbepaling van die Grondwet gelys as een van die gronde waarop nie onbillik gediskrimineer mag word nie. B kan hom dus ingevolge die voorgestelde statutêre bepaling (en met 'n beroep op hierdie twee grondwetlike regte) tot die hof wend en versoek dat die onderhawige voorwaarde aan die hand van die voorskrifte van openbare belang/beleid geskrap word. 'n Hof behoort sodanige aansoek (met inagneming van die bedoeling van die testateur en die algemene strekking van sy testament) toe te staan. Bogenoemde bepaling openbaar eerstens geen vasstelbare prysenswaardige oogmerk aan die kant van A wat ingryping in B se private lewe regverdig nie. Die beperking wat die bepaling op B se geloofsvryheid en

---

<sup>93</sup>Sien 5 3 2 4.



vrye keuse van 'n lewensmaat lê, is, in die lig van die besondere feitlike omstandighede, tweedens betreklik omvangryk. B verklaar derdens dat die keuse tussen (aansienlike) materiële bevoordeling en die uitoefening van sy vryheid tot keuse van 'n lewensmaat hom voor 'n daadwerklike dilemma te staan bring. Dit blyk derhalwe dat, in die lig van die feitlike gegewe, B se vryheid van godsdienst deur die onderhawige testamentêre bepaling aan bande gelê word en dat hy hierbenewens ook onder onbillike diskriminasie ten opsigte van die keuse van 'n lewensmaat gebuk gaan. B se belang by die vrye keuse van geloof en die vrye (en gelyke) keuse van 'n lewensmaat weeg, in die lig van genoemde oorwegings en beoordeel aan die hand van die *boni mores*, dus swaarder as sy vader se vryheid tot testamentêre beskikking.

*Geval 2:* Dit blyk dat B 'n jongman is wat in die Christelike geloof opgevoed is, homself as 'n Christen beskou en nog nooit enige aanduiding gegee het dat hy van hierdie geloof afstand wil doen nie.

Bogaande bepaling maak, selfs in hierdie omstandighede, kennelik steeds inbreuk op sowel B se reg op vryheid van godsdienst as die reg op gelykheid. Dit is naamlik onmoontlik om B se toekomstige godsdienstige ingesteldheid te peil - hy kan hom vir die res van sy lewe as Christen uitleef of hy kan hom in die toekoms (om welke rede ook al) tot 'n ander geloof wend. Die onderhawige bepaling beperk in laasgenoemde verband B se vryheid om in die toekoms van een geloof afstand te doen en 'n ander geloof aan te neem. B kan hom ingevolge die voorgestelde statutêre bepaling (en met 'n beroep op genoemde grondwetlike regte) tot die hof wend en versoek dat die onderhawige voorwaarde aan die hand van die voorskrifte van openbare belang/beleid geskrap word. 'n Hof behoort sodanige aansoek, selfs in die onderhawige feitlike omstandighede, toe te staan aangesien B se belang by die vrye (en gelyke) keuse van geloof (selfs in die toekoms) in beginsel swaarder weeg as sy vader se vryheid tot testamentêre beskikking.<sup>94</sup>

---

<sup>94</sup>Dit word in hierdie verband aan die hand gedoen dat, ten spyte van die feit dat die voorgestelde statutêre bepaling op die gevolge van die gewraakte testamentêre bepaling fokus, sekere testamentêre bepalings in beginsel (en ongeag die feitlike gevolge daarvan) as *contra bonos mores* aangemerkt kan word. Dit sal veral die geval wees ten opsigte van sekere bepalings wat op onder andere geloofsvryheid (soos die bepaling onder bespreking), seksuele oriëntasie ("A erf my bates indien hy van sy



## (c) Die testament van A bepaal:

"Ek bemaak al my bates aan my seun, B, mits hy nie na my dood met D kontak het nie (of nie by politieke party X aansluit nie, of nie beroepsrigting Y volg nie), in welke geval die voordeel na my dogter, C, moet gaan."

*Geval 1:* Dit blyk dat A en E (die vader van D) se jarelange vriendskap kort voor A se dood as gevolg van 'n hewige meningsverskil beëindig is. B en D is van jongs af goeie vriende en hulle vriendskap is nie deur die onmin tussen hul vaders geraak nie. B versoek die hof om die voorwaarde te skrap.

Bogaande bepaling maak inbreuk op B se reg op vryheid van assosiasie<sup>95</sup> en kan terselfdertyd B se reg op privaatheid<sup>96</sup> in gedrang bring. Die situasie hierbo geskets, openbaar geen rede (hetsy op die feite dan wel in beginsel) aan die hand waarvan die gepoogde ingryping in B se private lewe regverdig kan word nie –die twis het eerder tussen A en E gewoed en die voorwaardelike bemaking aan B skyn 'n poging te wees om op ongeregverdigde wyse hierdie twis op die volgende geslag af te wentel. B kan hom dus ingevolge die voorgestelde statutêre bepaling (en met 'n beroep op genoemde twee regte) tot die hof wend en versoek dat die onderhawige voorwaarde aan die hand van die voorskrifte van openbare belang/beleid geskrap word. 'n Hof behoort sodanige aansoek toe te staan aangesien B se belang by die vrye keuse van diegene met wie hy (wil) assosieer (en sy dienoreenkomstige onwilligheid om hom by A se voorskrifte te hou) in die omstandighede swaarder weeg as sy vader se vryheid tot testamentêre beskikking (wat in die onderhawige geval skynbaar sonder enige prysenswaardige oogmerk en op kwaadwillige wyse uitgeoefen is).

---

homoseksuele leefwyse afsien"), swangerskap ("A erf my bates mits sy nooit kinders het nie") en taal ("A erf my bates mits hy nooit weer sy moedertaal besig nie") betrekking het.

<sup>95</sup>Sien 5 3 2 6.

<sup>96</sup>Sien 5 3 2 5.



*Geval 2:* Dit blyk dat B op 'n jeugdige ouderdom onder die bedenklieke invloed van D gekom het. D het B onder andere aan dwelmmiddels bekend gestel, welke gewoonte tot verslawing by B gelei het. B het enkele jare voor sy vader se dood 'n oordosis dwelmmiddels geneem en is diensengevolge in 'n inrigting vir verslaafdes van afhanklikheidsvormende stowwe behandel. B het na 'n lang siekbed en stryd teen verslawing sy soberheid enkele maande voor A se dood herwin. D, 'n geharde verslaafde en self-erkende dwelmmhandelaar wat in dieselfde dorp as B woonagtig is, het egter nog geen kentering in sy lewenstyl getoon nie.

Bogaande bepaling maak eweneens inbreuk op B se reg op vryheid van assosiasie (en privaatheid). In die onderhawige geval het die testateur egter, op grond van die feitlike omstandighede, sowel 'n prysenswaardige oogmerk met as 'n besondere belang by die beperking wat deur die voorwaarde opgelê word. 'n Hof sal derhalwe nie noodwendig die testateur se poging tot voorskriftelikheid omtrent B se keuse van diegene met wie hy (wil) assosieer as in stryd met die *boni mores* bejeën nie maar eerder (met inagneming van die strekking van A se testament) as 'n poging aanmerk om, in die lig van die besondere feitlike gegewe, B teen 'n herhaling van 'n tragiese episode in sy lewe te beskerm.<sup>97</sup> Die beperking deur A voorsien, is ook nie so omvangryk as dié in byvoorbeeld die *Dessels*-saak<sup>98</sup> nie - dit is slegs teen 'n enkele individu gerig. B se aansoek ingevolge die voorgestelde statutêre bepaling om die skraping van die onderhawige voorwaarde op grond van die oorweging dat dit nie met openbare belang/beleid te versoen is nie, mag derhalwe misluk aangesien B se belang by die vrye keuse van diegene met wie hy (wil) assosieer in die omstandighede voor sy vader se vryheid tot (voorskriftelike) testamentêre beskikking moet swig.

(d) Die testament van A bepaal:

"Ek plaas al my geld in trust en benoem my dogter, B, as inkomstebegunstigde. Sy sal geregtig wees op 'n maandelikse betaling van

---

<sup>97</sup>Sien 'n vergelykbare beslissing in *Taylor v Pim* 1903 NLR 484 waar 'n testatriese deur 'n erfgenaam beweeg is om aan drank verslaaf te raak en 'n immorele lewe te lei. Die hof beskou laasgenoemde as onbevoeg om uit eersgenoemde se testament voordeel te trek.

<sup>98</sup>Sien 4 3 3 1.



trustinkomste, welke betaling gestaak sal word indien sy in die huwelik tree.  
Ek benoem my seun, C, as kapitaalbegunstigde van die trust."

Hierdie voorbeeld dien ter illustrasie van die feit dat die voorgestelde nuwe statutêre bepaling nie noodwendig 'n breuk met gemeenregtelike beginsels verteenwoordig nie. Die ongeldigheid al dan nie van 'n bepaling soos die onderhawige word tradisioneel in die Suid-Afrikaanse reg aan die hand van die bedoeling van die testateur bepaal. Het hy naamlik bedoel dat die bemaking van trustinkomste sy dogter moet verhoed om ooit in die huwelik te tree, verwoord die bepaling 'n algemene verbod op huweliksluiting en word dit as *contra bonos mores* en derhalwe ongeldig aangemerkt. Was die testateur se bedoeling egter om na sy dogter se finansiële behoeftes om te sien totdat sy in die huwelik tree, verwoord die bepaling geen verbod op huweliksluiting nie en word dit nie as *contra bonos mores* en dus ongeldig aangemerkt nie, al mag dit die geneigdheid hê om huweliksluiting te verhinder (omdat die dogter mag verkies om eerder 'n gerieflike maandelikse inkomste te ontvang as om in die huwelik te tree en sodanige inkomste te verbeur). Die bepalende oorweging ter beslissing is die bedoeling van die testateur soos dit in sy testament beslag kry.<sup>99</sup>

Dit word in oorweging gegee dat 'n soortgelyke benadering ingevolge die voorgestelde statutêre bepaling gevolg word. 'n Beroep deur B dat bogenoemde testamentêre bepaling haar verbied om in die huwelik te tree en derhalwe teen haar diskrimineer op grond van huwelikstaats (in die gelykeheidsbepaling van die Grondwet gelys as een van die gronde waarop nie onbillik gediskrimineer mag word nie), sal slegs beoordeel kan word aan die hand van die bedoeling van die testateur, beskou in die lig van alle tersaaklike feitlike oorwegings. Sou bevind word dat A inderdaad 'n algemene verbod op huweliksluiting bedag het, sal sodanige ingreep in B se private lewe ingevolge die voorgestelde statutêre bepaling met 'n beroep op openbare belang/beleid gestuit kan word. Het die bepaling in A se testament egter bloot finansiële versorging van B tot en met huweliksluiting ten doel, sal B se versoek om regshulp ingevolge die voorgestelde statutêre bepaling eweneens faal, aangesien die testamentêre bepaling nie in laasgenoemde geval gevolge teweegbring wat in stryd met openbare belang/beleid is nie.

---

<sup>99</sup>Sien 4 3 1 3.



### 8 3 2 Voorskriftelike bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk

(a) Die testament van A bepaal:

"Ek plaas R500 000 in trust. Die trustinkomste moet gebruik word ten einde beurse te voorsien aan studente aan Universiteit X wat Engels as moedertaal praat (of van die Joodse geloof is of van Ndebele afkoms is)."

Die meerderheid studente aan Universiteit X was nog altyd Engelse moedertaalsprekers aangesien die universiteit geleë is in 'n gebied waarvan die inwoners meerendeels Engelstalig is. Universiteit X is bereid om die trustinkomste aan te wend op die wyse deur die testateur voorgeskryf.

Alhowel bogaande bepaling op die oog af diskrimineer teen studente wat 'n moedertaal anders as Engels praat (en derhalwe die reg op taal en kultuur - soos in sowel artikel 30<sup>100</sup> as in die gelykheidsbepaling van die Grondwet gewaarborg - in gedrang bring) word aan die hand gedoen dat die bemaking van trustinkomste aan slegs Engelssprekendes nie ingevolge die voorgestelde statutêre bepaling aangeveg sal kan word nie. Die testateur se wense openbaar naamlik 'n breë liefdadigheidsoogmerk en die toedeling van trustinkomste aan slegs Engelstaliges blyk, in die lig van die feitlike omstandighede, 'n wesenlike deel van hierdie liefdadigheidsoogmerk uit te maak. In die lig van die feit dat die meerderheid studente aan Universiteit X as gevolg van demografiese oorwegings inderdaad Engelssprekend is, blyk die omvang van die uitsluiting wat met verwysing na taal en kultuur opgelê word, voorts van beperkte aard te wees. Universiteit X verklaar hom verder bereid om aan die bepalings van A se liefdadigheidstrust uitvoering te gee. In hierdie lig behoort (behoudens wat hieronder omtrent staatsbetrokkenheid in 'n geval soos die onderhawige gesê word) die testeervryheid van A, beoordeel in die lig van die toegeeflike benadering wat in die Suid-Afrikaanse reg tot bepalings met 'n liefdadigheidsoogmerk gevolg word, bo die reg op (gelykheid ten opsigte van) taal en kultuur van uitgeslote (potensiële) begunstigdes (met ander woorde nie-Engelstalige moedertaalsprekende studente aan Universiteit X) te seëvier. Die trustbepaling

---

<sup>100</sup>Sien 5 3 2 10.



in A se testament sal derhalwe nie aan die hand van openbare belang/heleid betwis kan word nie.

(b) Die testament van A bepaal:

"Ek plaas R500 000 in trust. Ek sal verkies dat die trustinkomste gebruik word ten einde beurse te voorsien aan studente aan Universiteit X wat Engels as moedertaal praat (of van die Joodse geloof is of van Ndebele afkoms is)."

Ten tyde van die verlyding van A se testament was ongeveer die helfte van die studente aan Universiteit X Engelssprekend. As gevolg van 'n verandering in die demografiese samestelling van die universiteit se voedergebied, het die aantal Engelstalige studente dermate afgeneem dat daar nou, twintig jaar na A se dood, slegs 'n minderheid Engelse moedertaalsprekers teenoor 'n meerderheid Xhosa moedertaalsprekers by Universiteit X studeer, die meeste van laasgenoemde wat finansieel minder goed daaraan toe is as eersgenoemde. Universiteit X is ook nie bereid om langer beurse aan die hand van taal-eksklusiwiteit toe te ken nie.

Bogenoemde bepaling bring eweneens die reg op taal en kultuur van studente wat nie Engels as moedertaal praat nie, in gedrang. Dié bepaling het in genoemde feitlike omstandighede tot gevolg dat 'n minderheid studente aan die hand van taal en kultuur ten koste van die meerderheid studente bevoordeel word. In hierdie lig behoort A se trustbepaling wel ingevolge die voorgestelde statutêre bepaling betwis te kan word. Alhoewel A se wense 'n breë liefdadigheidsoogmerk openbaar en hy sy welwillendheid vir 'n bepaalde taalgroep bestem het, skyn die uitsluiting wat met taal en kultuur verband hou eerstens minder bepalend tot A se wense te wees as in die vorige geval (let op die gebruik van "moet" in die vorige geval teenoor "sal verkies dat" in die huidige geval). Dié uitsluiting kan derhalwe in die huidige geval makliker (en ten spyte van die toegeeflike benadering wat ten opsigte van bepaling met 'n liefdadigheidsoogmerk gevolg word) mee weggedoen word as in die vorige geval. Die demografiese verandering in Universiteit X se voedingsgebied wat tot 'n afname in Engelssprekende studente gelei het, het tweedens oor 'n tydperk van twintig jaar sedert A se dood plaasgevind - 'n geleidelike verandering wat waarskynlik nie deur A ten tyde van die



verlyding van sy testament voorsien is nie. Die uitsluiting is, in die lig van die samestelling van Universiteit X se studenteliggaam, derdens betreklik omvangryk - die meerderheid studente (wat juis finansiële bystand benodig) word van bevoordeling uitgesluit. Die universiteit verklaar hom vierdens onwillig om voortaan studiebeurse toe te ken op grond van die taalgebruik van die ontvangers van sodanige beurse. Die standpunt kan vyfdeens (ooreenkomstig 'n beginselmatige vertikale perspektief<sup>101</sup>) geopper word dat die bestuur van 'n universiteit noodwendigerwys 'n mate van staatsbetrokkenheid behels en dat Universiteit X as *quasi*-publieke instelling dientengevolge in 'n geval soos die onderhawige by die bedryf van 'n ontoelaatbare diskriminerende praktyk betrek word. In die lig van hierdie oorwegings behoort 'n hof die trustbepaling te wysig ten einde die beurse tot beskikking van alle studente te stel - dit kan vermag word deur skrapping van die woorde "wat Engels as moedertaal praat" aangesien hierdie woorde veroorsaak dat die onderhawige bepaling in A se testament gevolg te weegbring wat, in die lig van die besondere feitlike gegewe, nie met openbare belang/beleid te versoen is nie.<sup>102</sup>

(c) Die testament van A bepaal:

"Ek plaas R500 000 in trust. Die trustinkomste moet gebruik word vir die oprigting en onderhoud van 'n skool vir swart Xhosa-sprekende seuns (of dogters van die Joodse geloof of kinders van die lede van politieke party Z)."

Hierdie voorbeeld dien ter illustrasie van die feit dat die voorgestelde nuwe statutêre bepaling

---

<sup>101</sup>Sien 5 2 2 1.

<sup>102</sup>Die feite van hierdie geval stem natuurlik grootliks ooreen met dié van die *William Marsh*-uitspraak. Soos reeds betoog, sal die voorgestelde nuwe statutêre bepaling by uitstek in feitlike omstandighede soos die onderhawige ten opsigte van bepalinge met 'n liefdadigheidsdoelmerk toepassing vind. In hierdie verband funksioneer dit uiteraard aanvullend tot artikel 13 van die Wet op die Beheer oor Trustgoed. Laasgenoemde is in die onderhawige verband egter slegs op testamentêre liefdadigheids-truste van toepassing terwyl die voorgestelde nuwe statutêre bepaling ten opsigte van enige testamentêre bepaling met 'n liefdadigheidsdoelmerk kan funksioneer. Die voorgestelde statutêre bepaling funksioneer ook in die onderhawige verband aanvullend tot die hof se gemeenregtelike bevoegdheid tot die wysiging van die bepalinge van 'n testament in 4 2 2 7 bespreek.



nie noodwendig 'n breuk met gemeenregtelike beginsels verteenwoordig nie. 'n Testamentêre bepaling soos dié hierbo word tradisioneel ingevolge die toegeeflike benadering tot bepalinge met 'n liefdadigheidsmerk as heeltemal geldig gereken.<sup>103</sup> By gebrek aan enige relevante feitlike omstandighede wat op strydigheid met openbare belang/beleid dui (soos wel in die vorige voorbeeld teenwoordig), sal bogaande bemaking ook ingevolge die voorgestelde statutêre bepaling as geldig getipeer word. Die vryheid van testateurs tot die toedeling van bates op rasse- en taalgrondslag binne die omvang van 'n bemaking met 'n liefdadigheidsmerk, behoort derhalwe in die afwesigheid van feitlike aanduidings tot die teendeel ook ingevolge die voorgestelde statutêre bepaling as versoenbaar met die eise van die *boni mores* stand te hou.

Twee opmerkings kwalifiseer egter hierdie standpunt. Die kwessie van staatsbetrokkenheid by instellings soos byvoorbeeld universiteite, skole, gesondheidsinrigtings en sekere liefdadigheidsorganisasies blyk eerstens van netelige aard te wees. Sodanige betrokkenheid kan naamlik tot gevolg hê dat ook testamentêre bepalinge soos dié hierbo inderdaad betwis word, juis omdat die staat, 'n openbare agentskap of *quasi*-openbare liggaam met 'n beroep op tersaaklike grondwetlike regte van die bedryf van diskriminerende praktyke weerhou kan word. Aanduidings bestaan dat staatsbetrokkenheid by (selfs oënskynlik private) instellings wel 'n beroep op grondwetlike regte ter bekamping van diskriminasie deur sodanige instellings regverdig.<sup>104</sup>

Die tweede kwalifikasie berus op 'n beginselstandpunt dat sekere vorme van diskriminasie (byvoorbeeld aan die hand van ras of geslag) deur 'n liefdadigheidsinstelling - veral wanneer dit die vorm van eksklusiwiteit by die toedeel van voordele aanneem - as sodanig ontoelaatbaar is en dat sulke diskriminasie, ongeag die gevolge daarvan, negeer moet word. Dit is byvoorbeeld die benadering in die Engelse reg ten opsigte van die toekenning van voordele deur 'n liefdadigheidsorganisasie aan die hand van ras of kleur: 'n trust vir die opvoeding en onderrig van wit kinders in stad A word sonder meer ingevolge artikel 34 van

---

<sup>103</sup>Sien 4 3 3 2.

<sup>104</sup>*Baloro v University of Bophuthatswana* 1995 8 BCLR 1018 1058-1059; De Waal in Rautenbach *et al Bill of Rights Compendium* 3G27; Woolman en Davis 1996 *SAJHR* 401 n 119.



die *Race Relations Act* omskep in 'n trust vir die opvoeding van kinders in stad A - die verwysing na ras of kleur word in beginsel geïgnoreer.<sup>105</sup> Dieselfde benadering mag in die toekoms aan die hand van die voorskrifte van die *boni mores* in die Suid-Afrikaanse reg toegepas word, welke benadering uiteraard die beperking van testeervryheid tot gevolg sal hê. Dit word in oorweging gegee dat enige regsontwikkeling in hierdie verband by die wetgewer berus. Onlangse Suid-Afrikaanse wetgewing ter bekamping van diskriminasie en die bevordering van gelykheid is egter nie uitdruklik op liefdadigheidsinstellings van toepassing nie.<sup>106</sup>

#### 8 4 SLOTOPMERKINGS

Kahn merk op:<sup>107</sup>

"[T]he law of wills has the main objective of giving expression to freedom of testation."

Die testate erfreg word in hierdie verband deur verskeie sosio-ekonomiese oorwegings fundeer. Hierdie oorwegings onderskraag nie alleen testeervryheid nie maar het ook die reële beperking van dié vryheid tot gevolg. Die inwerkingtreding van Suid-Afrika se tussentydse en finale Grondwette het ongetwyfeld 'n nuwe perspektief verleen aan die beperking van testeervryheid aan die hand van sosiale oorwegings ingevolge die *boni mores*. In hierdie verband is die fyn balans tussen 'n grondwetlike waarborg van private eiendomsreg, private erfopvolging en testeervryheid enersyds en die toepassing van 'n grondwetlik-gefundeerde *boni mores*-maatstaf ter beperking van testeervryheid andersyds voorlopig in die hande van die houe. Statutêre voorsiening vir die beperking van testeervryheid in laasgenoemde verband ingevolge 'n bepaling soos in hierdie werk voorgestel, sal steeds langs die weg van

---

<sup>105</sup>Sien 6 2 2 2 3 2.

<sup>106</sup>Sien byvoorbeeld die Wet op Gelyke Indiensneming 55 van 1998 en die sogenaamde Wet op Gelykberegtiging of te wel die "Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act" van 2000 soos gepubliseer in Staatskoerant 20876 van 3 Februarie 2000.

<sup>107</sup>In *Huldigingsbundel Paul van Warmelo* 133.



regterlike tussentrede toepassing vind. Laasgenoemde taak is inderdaad 'n onbenydenswaardige een, dog word dit in oorweging gegee dat 'n beginselmatige maar kasuïstiese benadering tot hierdie kwessie (soos in hierdie werk bepleit) 'n normkompleks daar sal stel aan die hand waarvan bogenoemde balans ten beste bewerkstellig kan word.

- - - - \* - - - -



## BIBLIOGRAFIE

Alen A: *Treatise on Belgian Constitutional Law* Kluwer Law Publishers Deventer 1992

Alen A, Boes M, Deruyck F, Goedertier G, Lindemans D, Popelier P, Stevens J, Theunis J, Vande Lanotte J, Van Gerven W, Vanheule D, Van Mensel A, Van Orshoven P en Voorhoof D: *Publiekrecht - De Doorwerking van het Publiekrecht in het Privaatrecht* Mys en Breesch Uitgevers Gent 1997 (aangehaal as *Publiekrecht*)

Atherton RF en Vines P: *Australian Succession Law* Butterworths Adelaide 1996

Bailey P: *Human Rights: Australia in an International Context* Butterworths Sydney 1990 (aangehaal as *Human Rights*)

Bamforth N: "The Application of the Human Rights Act 1998 to Public Authorities and Private Bodies" 1999 *Cambridge Law Journal* 159 (aangehaal en afgekort as *CLJ*)

Barker HJ: *The Drafting of Wills* Juta Kaapstad 1993

Barlow JS, King LC en King AG: *Wills, Administration and Taxation: A Practical Guide* Sewende Uitgawe Sweet and Maxwell London 1997

Barnard AH, Cronjé DSP en Olivier PJJ: *Die Suid-Afrikaanse Persone- en Familiereg* Tweede Uitgawe deur Cronjé DSP Butterworths Durban 1990

Beinart B: "Testamentary Form and Capacity and the Wills Act, 1953" 1953 *South African Law Journal* 159 en 280 (aangehaal en afgekort as *SALJ*)

Beinart B: "Liability of a Deceased Estate for Maintenance" 1958 *Acta Juridica* 92

Beinart B: "Some Aspects of Privileged Wills" 1959 *Acta Juridica* 200



Beinart B: "The Forgotten Widow" 1965/1966 *Acta Juridica* 285

Beinart B: "Roman Law in a Modern Uncodified Romanistic System" 1971 *Acta Juridica* 131

Bellekom ThL, Heringa AW, Koopmans T en De Winter RE: *Compendium van het Staatsrecht* Sewende Uitgawe Kluwer Deventer 1994 (aangehaal as *Staatsrecht Compendium*)

Berger V: *Case Law of the European Court of Human Rights* Volume 1 Round Hall Press Dublin 1989

Blackshield T, Williams G en Fitzgerald BF: *Australian Constitutional Law and Theory* The Federation Press Leichhardt 1996

Booker K, Glass A en Watt R: *Federal Constitutional Law: An Introduction* Butterworths Adelaide 1994 (aangehaal as *Federal Constitutional Law*)

Brox H: *Erbrecht* Sewentiende Uitgawe Carl Heymanns Verlag München 1998

Buckland WW: *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian* Tweede Uitgawe Cambridge University Press 1950 (aangehaal as *Text-Book*)

Butt P: "Testamentary Conditions in Restraint of Religion" 1977 *University of Sydney Law Review* 400 (aangehaal en afgekort as *Syd LR*)

Buxton R: "The Human Rights Act in Private Law" 2000 *Law Quarterly Review* 48 (aangehaal en afgekort as *LQR*)

Carvan J: *Understanding the Australian Legal System* Tweede Uitgawe The Law Book Company Sydney 1994



Castles A: "The Reception and Status of English Law in Australia" 1963 *Adeleide Law Review* 1 (aangehaal en afgekort as *ALR*)

Chaskalson M: "The Property Clause: Section 28 of the Constitution" 1994 *South African Journal on Human Rights* 131 (aangehaal en afgekort as *SAJHR*)

Chaskalson M, Kentridge J, Klaaren J, Marcus G, Spitz D en Woolman S: *Constitutional Law of South Africa* Juta Kaapstad 1996

Cheadle H en Davis D: "The Application of the 1996 Constitution in the Private Sphere" 1997 *South African Journal on Human Rights* 44

Chorus JMJ, Gerver PHM, Hondius EH en Koekkoek AK: *Introduction to Dutch Law for Foreign Lawyers* Tweede Uitgawe Kluwer Deventer 1993 (aangehaal as *Introduction to Dutch Law*)

Cockrell APH: "Ajudication Styles in South African Private Law" 1993 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 590 (aangehaal en afgekort as *THRHR*)

Cockrell A: "Rainbow Jurisprudence" 1996 *South African Journal on Human Rights* 1

Coene M: "De Testeervryheid en de Verzorging van Naasbestaanden" 1994 *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1925 (aangehaal en afgekort as *TPR*)

Coene M: *Giften (Schenken en Testamenten)* Faculteit Rechten KULeuven 1996 (aangehaal as *Giften*)

Coene M, Pintens W, Vastersavendts A (redakteurs): *Erfenissen, Schenkingen en Testamenten* Kluwer Rechtswetenschappen Antwerpen 1997



Corbett MM, Hahlo HR, Hofmeyr G en Kahn E: *The Law of Succession in South Africa* Juta Kaapstad 1980 (aangehaal as *Law of Succession*) gelees met 1985 *Supplement* deur Corbett MM, Hahlo HR, Hofmeyr G en Kahn E en 1994 *Supplement* deur Kahn E (aangehaal as *Law of Succession Supplement*)

Corbett MM: "Aspects of the Role of Policy in the Evolution of our Common Law" 1987 *South African Law Journal* 52

*Corpus Iuris Civilis* Volume 1 *Institutiones* (aangehaal en afgekort as *Inst.*) en *Digesta* (aangehaal en afgekort as *D.*), Volume 2 *Codex* (aangehaal en afgekort as *C.*), Volume 3 *Novellae* (aangehaal en afgekort as *Nov.*) deur Krieger P, Mommsen T en Schoell R Berlyn 1954

Craenen G: *The Institutions of Federal Belgium* Uitgeverij Acco Leuven 1996

Craenen G: *Elementen van Publiekrecht* Veertiende Uitgawe Uitgeverij Acco Leuven 1997

Cretney SM: "Reform of Intestacy: The Best We can Do?" 1995 *Law Quarterly Review* 77

Cronjé DSP en Roos A: *Erfreg Vonnisbundel* Derde Uitgawe Universiteit van Suid-Afrika Pretoria 1997

Dannenbring R: "Die Kwart van die Arm Weduwee" 1966 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 1

Davies JB: "Uncertain Lifetime, Consumption and Dissaving in Retirement" 1981 *Journal of Political Economy* 561 (aangehaal en afgekort as *JPE*)

Davies JB: "The Relative Impact of Inheritance and Other Factors on Economic Inequality" 1982 *Quarterly Journal of Economics* 471 (aangehaal en afgekort as *QJE*)



De Blécourt AS: *Kort Begrip van het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* verwerk deur Fischer HFWD JB Wolters Groningen 1967 (aangehaal as *Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht*)

Declareuil J: *Rome the Law-Giver* Kegan, Trench, Trubner London 1927

De Groot H: *Inleidinge tot de Hollandse Rechts-Geleerdheid* Tweede Uitgawe deur Dovring F, Fischer HFWD en Meijers EM Leiden 1965 (aangehaal as *Inleidinge*)

De Vos P: "Equality for All? A Critical Analysis of the Equality Jurisprudence of the Constitutional Court" 2000 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 62

De Waal J, Currie I en Erasmus G: *The Bill of Rights Handbook* Tweede Uitgawe Juta Kaapstad 1999

De Waal MJ en Schoeman MC: *Erfreg Studentehandboek* Tweede Uitgawe Juta Kaapstad 1996 (aangehaal as *Erfreg*)

De Waal MJ: "The Social and Economic Foundations of the Law of Succession" 1997 *Stellenbosch Regstydskrif* 162 (aangehaal en afgekort as *Stell LR*)

Devenish GE: "Minority Rights and Cultural Pluralism - The Protection of Language and Cultural Identity in the 1996 Constitution" 1999 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 201

De Wilde E en Van den Hove C: *Erfenissen en Testamenten* Tweede Uitgawe N. Servals-Creatif Brussel 1989

Dillemans R: *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht VII Testamenten* Standaard Wetenskaplike Uitgeverij Antwerpen 1977

Dillemans R: *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht VI Erfreg Deel 1 Toewijzing van de Nalatenschap* E. Story-Scientia Gent 1984



Diódsi G: *Ownership in Ancient and Preclassical Roman Law* Akadémiai Kiadó Boedapest 1970

Drzemczewski AZ: *European Human Rights Convention in Domestic Law* Tweede Druk Clarendon Press Oxford 1985

Du Plessis LM in medewerking met Du Plessis AG: *Inleiding tot die Reg* Tweede Uitgawe Juta Kaapstad 1992

Du Plessis L en Corder H: *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights* Juta Kaapstad 1994

Du Plessis L: "The Bill of Rights in the Working Draft of the New Constitution: An Evaluation of Aspects of a Constitutional Text *Sui Generis*" 1998 *Stellenbosch Regstydskrif* 3

Du Plessis L: "Evaluative Reflections on the Final Text of South Africa's Bill of Rights" 1996 *Stellenbosch Regstydskrif* 283

Du Toit F: "Artikel 2(3) van die Wet op Testamente 7 van 1953 en Substansiële Nakoming van Formaliteite: Vier Uitsprake in Perspektief" 1996 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 472

Du Toit F: "The Impact of Social and Economic Factors on Freedom of Testation in Roman and Roman-Dutch Law" 1999 *Stellenbosch Regstydskrif* 232

Ebenroth CT: *Erbrecht* CH Bech'sche Verlagsbuchhandlung München 1992

Ebke WF en Finkin MW (redakteurs): *Introduction to German Law* Kluwer Law International Den Haag 1996



Edwards AB: *The History of South African Law: An Outline* Butterworths Durban 1996 (aangehaal as *History of South African Law*)

Enright C: *Constitutional Law* The Law Book Company Sydney 1977

Fagan A: "Dignity and Unfair Discrimination: A Value Misplaced and a Right Misunderstood" 1998 *South African Journal on Human Rights* 220

Farlam P: "The Ambit of the Right to Freedom of Religion: A Comment on *S v Solberg* (*S v Lawrence*; *S v Negal*; *S v Solberg* 1997 4 SA 1176 (CC); 1997 10 BCLR 1348; 1997 2 SACR 540)" 1998 *South African Journal on Human Rights* 298

Finch J, Hayes L, Mason J, Masson J en Wallis L: *Wills, Inheritance and Families* Clarendon Press Oxford 1996

Foster NG: *German Legal System and Laws* Tweede Uitgawe Blackstone Press London 1996

Freedman W: "Understanding the Freedom of Religion Clause in the South African Constitutional Bill, 1996" 1996 *Human Rights and Constitutional Law Journal of Southern Africa* 35 (aangehaal en afgekort as *HRCLJ*)

Freedman W: "Understanding the Right to Equality" (Vonnisbespreking) 1998 *South African Law Journal* 243

Friedman LM: "The Law of the Living, the Law of the Dead: Property, Succession and Society" 1966 *Wisconsin Law Review* 340 (aangehaal en afgekort as *Wisconsin LR*)

Gaius: *Institutiones* deur De Zulueta F: *The Institutes of Gaius* Deel 1 Oxford University Press London 1946 (aangehaal en afgekort as *G.*)



Gaze B en Jones M: *Law, Liberty and Australian Democracy* The Law Book Company Sydney 1990

Gearty CA (redakteur): *European Civil Liberties and the European Convention on Human Rights* Kluwer Law International Den Haag 1997

Gerver PHM, Sorgdrager H, Stutterheim RH en Hidma TR: *Het Systeem van het Nederlandse Privaatrecht* Elfde Uitgawe Gouda Quint Arnhem 1995

Govender K: "The Operational Provisions of the Bill of Rights" 1997 *Obiter* 159

Hahlo HR: "Jewish Faith and Race Clauses in Wills - A Note on *Aronson v Estate Hart* 1950 1 SA 539 (A)" (Vonnisbespreking) 1950 *South African Law Journal* 231

Hahlo HR: *The South African Law of Husband and Wife* Juta Kaapstad 1953

Hahlo HR: "The Case against Freedom of Testation" 1959 *South African Law Journal* 435

Hahlo HR en Kahn E: *The Union of South Africa - The Development of its Laws and Constitution* Juta Kaapstad 1960

Hardingham IJ, Neave MA en Ford HAJ: *Wills and Intestacy in Australia and New Zealand* The Law Book Company Sydney 1983 (aangehaal as *Wills and Intestacy*)

Haslett DW: "Is Inheritance Justified?" 1986 *Philosophy and Public Affairs* 122 (aangehaal en afgekort as *PPA*)

Hayton DJ: *Hayton and Marshall Commentary and Cases on the Law of Trusts and Equitable Remedies* Tiende Uitgawe Sweet and Maxwell London 1996 (aangehaal as *Law of Trusts and Equitable Remedies*)



Henkin L: "Infallibility under Law: Constitutional Balancing" 1978 *Columbia Law Review* 1022

Hobbs G (redakteur): *Halsbury's Laws of England* Butterworths London

Holdsworth W: *History of English Law* Sweet and Maxwell London 1938

Hunt M: "The "Horizontal Effect" of the Human Rights Act" 1998 *Public Law* 423

Hunter WA: *A Systematic and Historical Exposition of Roman Law* Vierde Uitgawe Sweet en Maxwell London MDCCCIII (aangehaal as *Exposition of Roman Law*)

Hutchison D: "Isolating the *Pactum Successorium*" 1983 *South African Law Journal* 221

Hutchison D: "More Light on the *Pactum Successorium*" 1989 *South African Law Journal* 1

Irvine, Lord: "The Development of Human Rights in Britain under an Incorporated Convention on Human Rights" 1998 *Public Law* 221

Jeffery AJ: "The Dangers of Direct Horizontal Application: A Cautionary Comment on the 1996 Bill of Rights" 1997 *Human Rights and Constitutional Law Journal of Southern Africa* 10

Jenks E: *A Short History of English Law* Derde Uitgawe Methuen London 1924

Johnston D: *The Roman Law of Trusts* Oxford University Press London 1988

Joubert CP: "*Pactum Successorium*" 1961 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 18



Joubert CP: "*Pactum Successorium*" 1962 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 46

Joubert CP: "Jewish Faith and Race Clauses in Roman-Dutch Law" 1968 *South African Law Journal* 402

Kamphuizen PW: "Godsdienst en Vermogensrecht" 1955 *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie* 357 (aangehaal en afgekort as WPNR)

Kasdorp JE, Kleyn WM, Wedekind W en Zwemmer JW: *Erfrecht Compendium* Vyfde Uitgawe Kluwer Deventer 1998

Kaser M: *Roman Private Law* Derde Uitgawe deur Dannenbring R Universiteit van Suid-Afrika Pretoria 1980

Kerridge R: *Parry and Clark The Law of Succession* Tiende Uitgawe Sweet and Maxwell London 1996

Klare KE: "Legal Culture and Transformative Constitutionalism" 1998 *South African Journal on Human Rights* 146

Kortmann AJM en Bovend'Eert PT: *The Kingdom of the Netherlands An Introduction to Dutch Constitutional Law* Kluwer Law Publishers Deventer 1993 (aangehaal as *The Kingdom of the Netherlands*)

Kortmann CAJM: *Constitutioneel Recht* Derde Uitgawe Kluwer Deventer 1997

Krieger P en Mommsen T: *The Digest of Justinian* Volume 2 deur Watson A University of Pennsylvania Press Philadelphia 1985



Langbein JH: "The Twentieth-Century Evolution in Family Wealth Transmission" 1988 *Michigan Law Review* 722 (aangehaal en afgekort as *Michigan LR*)

Lange H en Kuchinke K: *Lehrbuch des Erbrechts* Derde Uitgawe CH Beck'sche Verlagsbuchhandlung München 1989

Lawson RA en Schermers HG: *Leading Cases of the European Court of Human Rights* Ars Aequi Libri Nijmegen 1997

Lee RW: *An Introduction to Roman-Dutch Law* Vierde Uitgawe Oxford University Press London 1946 (aangehaal as *Introduction*)

Lee RW: *The Elements of Roman Law with a Translation of the Institutes of Justinian* Vierde Uitgawe Sweet and Maxwell London 1956 (aangehaal as *Elements*)

Leigh I: "Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy: Lessons from the Commonwealth?" 1999 *International and Comparative Law Quarterly* 57 (aangehaal en afgekort as *ICLQ*)

Leipold D: "Wandlungen in den Grundlagen des Erbrechts" 1980 *Archiv für die civilistische Praxis* 160

Leipold D: *Erbrecht* Twaalfde Uitgawe Mohr Siebeck Tübingen 1998

Lubbe GF en Murray CM: *Farlam & Hathaway's Contract: Cases Materials Commentary* Derde Uitgawe Juta Kaapstad 1988

Mackenzie, Lord: *Studies in Roman Law with Comparative Views of the Laws of France, England and Scotland* Derde Uitgawe William Blackwood and Sons Edinburgh MDCCCLXX (aangehaal as *Studies*)



Mackie K: "Testamentary Conditions" 1998 *University of Queensland Law Journal* 38 (aangehaal en afgekort as *UQLJ*)

Malherbe EFJ: "Die Grondwetlike Beskerming van Godsdienstvryheid" 1998 *Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg* 673 (aangehaal en afgekort as *TSAR*)

Markesinis B: "Privacy, Freedom of Expression and the Horizontal Effect of the Human Rights Bill: Lessons from Germany" 1999 *Law Quarterly Review* 47

Mason A en Conroy M: *Spencer Maurice's Family Provision on Death* Sewende Uitgawe Longman Group London 1994

Meagher RP en Gummow WMC: *Jacob's Law of Trusts in Australia* Sesde Uitgawe Butterworths Sydney 1997 (aangehaal as *Law of Trusts in Australia*)

Miller G: *The Machinery of Succession* Tweede Uitgawe Dartmouth Publishing Company Aldershot 1996

Moffat G en Chesterman M: *Trusts Law* Weidenfeld and Nicolson London 1998

Mortensen R: "Rendering to God and to Caesar: Religion in Australian Discrimination Law" 1994 *University of Queensland Law Journal* 208

Nadasen S en Pather S: "The South African Reality and the Creation of a Human Rights Culture" 1995 *Stellenbosch Regstydskrif* 256

Nicholas B: *An Introduction to Roman Law* Oxford University Press London 1962 (aangehaal as *Introduction*)

Oakley AJ: *Parker and Mellows The Modern Law of Trusts* Sewende Uitgawe Sweet and Maxwell London 1998 (aangehaal as *The Modern Law of Trusts*)



Olivier PA: *Trustreg en Praktyk* De Jager-HAUM Uitgewers Pretoria 1989

Oughton RD en Tyler ELG: *Tyler's Family Provision* Tweede Uitgawe Professional Books Abingdon 1984

Perrick S: *Erfrecht* Twaalfde Uitgawe WEJ Tjeenk Willink Deventer 1996

Pettit PH: *Equity and the Law of Trusts* Sewende Uitgawe Butterworths London 1993

Phillipson G: "The Human Rights Act, 'Horizontal Effect' and the Common Law: a Bang or a Whimper?" 1999 *The Modern Law Review* 824 (aangehaal en afgekort as *MLR*)

Pollock F en Maitland FW: *The History of English Law* Tweede Uitgawe Volume 2 Cambridge University Press 1968

Potter H: *A Short Outline of English Legal History* Derde Uitgawe Sweet and Maxwell London 1933 (aangehaal as *English Legal History*)

Prakke L, De Reede JL en Van Winsen GJM: *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht* Dertiende Uitgawe Tjeenk Willink Zolle Amsterdam 1995

Puelinckx-Coene M: *Erfrecht* Tweede Uitgawe Kluwer Rechtswetenschappen Antwerpen 1996

Radesich GAM en Roos A: "The Effect of a Resolutive Condition on the Formation of a *Pactum Successorium* - *Jubelius v Griesel* 1988 2 SA 610 (K)" (Vonnisbespreking) 1988 *Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg* 572

Rautenbach IM en Malherbe EFJ: *Staatsreg* Tweede Uitgawe Butterworths Durban 1996

Rautenbach IM: "Die Konstitusionele Hof se Riglyne vir die Toepassing van die Reg op Gelykheid" (Vonnisbespreking) 1998 *Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg* 316



Rautenbach IM, Barrie GN, Maré R, Du Bois F, Glazewski J, Cockrell A, Heaton J, Kruger A, Jaichand V, Badenhorst PJ, De Waal MJ, Christie RH, Van Zyl L, De Vos P, Ailola DA, Du Toit D, Viljoen F, Dlamini C en O'Shea A: *Bill of Rights Compendium* Tweede Oplaag Butterworths Durban 1998

Rautenbach C: "Die Bedoeling van die Kontrakspartye as Maatstaf by die *Pactum Successorium*" 1998 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 651

Rimanque K (redakteur): *De Toepasselijkheid van de Grondrechten in Private Verhoudingen* Kluwer Rechtswetenschappen Antwerpen 1982 (aangehaal as *Grondrechten in Private Verhoudingen*)

Roby HJ: *Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonines* Volume 1 Cambridge University Press 1975 (aangehaal as *Roman Private Law*)

Roos TJ en Reitz H: *Principles of Roman-Dutch Law* African Book Company Grahamstad 1909 (aangehaal as *Principles*)

Rowland CJ: "Freedom of Testation in South Africa" 1970 *Codicillus* 4

Savigny FC: *System des Heutigen Römischen Rechts* Boek 7 Berlyn 1848 (aangehaal as *System*)

Schulz F: *Principles of Roman Law* Oxford University Press London 1936 (aangehaal as *Principles*)

Schulz F: *Classical Roman Law* Oxford University Press London 1951

Sherman CP: *Roman Private Law in the Modern World* Tweede Uitgawe Volume 2 Baker, Voorhis and Company New York 1924



Sneep K: "Geeoorloofde en Ongeoorloofde Beperkings der Gewetensvryheid" 1949 *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registratie* 343

Spiller P: *A Manual of Roman Law* Butterworths Durban 1986 (aangehaal as *Manual*)

Sprigman C en Osborne M: "Du Plessis is *not* Dead: South Africa's 1996 Constitution and the Application of the Bill of Rights to Private Disputes" 1999 *South African Journal on Human Rights* 25

Stevens F, Van Houtte J, Franssen G, Wambeke WV, Coene M, De Page Ph, De Wilde D'Estmael E, Leleu Y-H, Grégoire M, Cartuyvels B en Bael J: *De Erfrechtelijke Reserve in Vraag Gesteld* Bruylant Brussel 1997

Thomas Ph J: *Essentialia van die Romeinse Reg Lex Patria*-Uitgewers Johannesburg 1980 (aangehaal as *Essentialia*)

Thomas Ph J: *Introduction to Roman Law* Kluwer Law & Taxation Publishers Deventer 1986 (aangehaal as *Introduction*)

Todd P: *Textbook on Trusts* Vierde Uitgawe Blackstone Press London 1999

Toohy J: "A Matter of Justice: Human Rights in Australian Law" 1998 *University of Western Australia Law Review* 129 (aangehaal en afgekort as *UWAL Rev*)

Van de Lanotte J: *Overzicht van het Publiekrecht* Die Keure Brugge 1997

Van der Burght Gr: *Pitlo Het Nederlands Burgerlijk Wetboek Deel 5 Erfreg* Negende Uitgawe Gouda Quint Bloemendaal 1997 (aangehaal as *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek*)

Van der Keessel DG: *Praelectiones Iuris Hodierni* deur Van Warmelo P, Coertze LI, Gonin HL en Pont D AA Balkema Amsterdam/Kaapstad MCMLXIII (aangehaal as *Praelectiones*)



Van der Linde A: "*Back and Others NNO v The Master of the Supreme Court* [1996] 2 All SA 161 (K)" (Vonnisbespreking) 1996 *De Jure* 391.

Van der Linden J: *Koopmans Handboek* geïnkorporeer deur Henry J in *Institutes of the Law of Holland* 1828 (aangehaal as *Koopmans Handboek*)

Van der Merwe NJ en Rowland CJ: *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* Vyfde Uitgawe JP van der Walt en Seun Pretoria 1987

Van der Merwe D: "The Roman-Dutch Law: From Virtual Reality to Constitutional Resource" 1998 *Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg* 1

Van der Spuy P de W: "*Ex parte President of the Conference of the Methodist Church of Southern Africa NO: In re William Marsh Will Trust* 1993 3 SA 697 (K)" (Vonnisbespreking) 1991 *De Jure* 445

Van der Vyfer JD: "The Private Sphere in Constitutional Litigation" 1994 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 378

Van der Vyfer JD: "Gelykberegtiging" 1998 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 367

Van der Walt AJ: "Notes on the Interpretation of the Property Clause in the New Constitution" 1994 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 181

Van der Walt AJ: "The Future of Private Ownership of Land" 1994 *Codicillus* 4

Van der Walt AJ: "Tradition on Trial: A Critical Analysis of the Civil-Law Tradition in South African Property Law" 1995 *South African Journal on Human Rights* 169



Van der Westhuizen J, Thomas Ph J, Scott S, Van der Merwe D, De Smidt J Th, Feenstra R (redakteurs): *Huldigingsbundel Paul van Warmelo* Universiteit van Suid-Afrika Pretoria 1984

Van Reenen T: "The Relevance of the Roman (-Dutch) Law for Legal Integration in South Africa" 1995 *South African Law Journal* 276

Van Warmelo P: *'n Inleiding tot die Studie van die Romeinse Reg* AA Balkema Amsterdam/Kaapstad 1971 (aangehaal as *Inleiding*)

Van Warmelo P: "*Borman en De Vos en 'n Ander v Potgietersrusse Tabakkorporasie Bpk en 'n Ander* 1976 3 SA 488 (A) - *Pactum Successorium*" (Vonnisbespreking) 1977 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 184

Van Zyl DH: *History and Principles of Roman Law* Butterworths Durban 1983 (aangehaal as *History and Principles*)

Visser DP (redakteur): *Essays on the History of Law* Juta Kaapstad 1989

Verheugt JWP, Knottenbelt B en Torringa RA: *Inleiding in het Nederlandse Recht* Sewende Uitgawe Gouda Quint Arnhem 1992

Voet J: *Commentarius ad Pandectas* Parys-uitgawe 1829 deur Gane P: *The Selective Voet* Durban 1955 (aangehaal as *Commentarius*)

Wade HWR: "Horizons of Horizontality" 2000 *Law Quarterly Review* 217

Wallis J en Pagone T (redakteurs): *Rights and Freedoms in Australia* The Federation Press Sydney 1990

Wallis M: "The Evolution of Private Law under the Constitution" 1997 *Obiter* 1



Watson A: *The Law of Succession in the Later Roman Republic* Oxford University Press  
London 1971

Wessels JW: *History of the Roman-Dutch Law* African Book Company Grahamstad 1908

Woolman S en Davis D: "The Last Laugh: *Du Plessis v De Klerk*, Classical Liberalism, Creole Liberalism and the Application of Fundamental Rights under the Interim and the Final Constitutions" 1996 *South African Journal on Human Rights* 361

Woolman S: "Out of Order? Out of Balance? The Limitation Clause of the Final Constitution" 1997 *South African Journal on Human Rights* 102

----- \*



## VONNISREGISTER

Tekstverwysing

## SUID-AFRIKAANSE REGSPRAAK

<i>AB Wall's Marriage Bureau v Pienaar</i> 1986 2 SA 165 (T).....	1 3 4; 4 3 3 1
<i>Abdoola Abdool v Chotanbhai</i> 1918 NPA 279.....	4 2 2 2
<i>Adam M.H., Ex parte Trustees</i> 1927 NPA 314.....	4 2 2 7
<i>Anderson v Estate Anderson</i> 1946 KPA 611.....	4 3 1 3
<i>Anderson and Wagner v The Master</i> 1996 3 SA 779 (K).....	4 2 2 4
<i>Arendse v The Master</i> 1973 3 SA 333 (K).....	4 2 2 4
<i>Argus Printing and Publishing Co Ltd v Darby's Artware</i> 1952 2 SA 1 (K).....	1 3 3
<i>Aronson v Estate Hart</i> 1950 1 SA 539 (A).....	3 3 2; 4 3 1 3; 4 3 3 1; 4 3 3 3; 5 3 2 1; 8 2 2 2; 8 2 3 1
<i>Aubrey-Smith v Hofmeyr</i> 1973 1 SA 655 (K).....	4 2 2 7
<i>Back v The Master</i> [1996] 2 All SA 161 (K).....	4 2 2 4
<i>Badenhorst, Ex parte</i> 1927 KPA 55.....	4 3 2 1
<i>Baloro v University of Bophuthatswana</i> 1995 4 SA 197 (B).....	5 2 1 2; 5 2 2 1; 8 3 2
<i>Balsillie et Uxor, Ex parte</i> 1928 KPA 218.....	4 2 2 6
<i>Barclays Bank v Anderson</i> 1959 2 SA 478 (T).....	4 3 1 3; 5 3 2 8
<i>Barnett v Estate Schereschweske</i> 1957 3 SA 679 (K).....	4 3 3 3; 8 2 3 1
<i>Blignaut's Trustee v Celliers' Executors</i> 1868 (Buch) 206.....	4 2 2 5
<i>Blum, Ex parte: In re Estate Kalson</i> 1964 2 SA 643 (K).....	4 2 2 7
<i>Borman en De Vos v Potgietersrusse Tabakkorporasie</i> 1976 3 SA 488 (A).....	2 2 3 5; 3 2 2 5; 4 2 2 5
<i>Bosman, Ex parte</i> 1916 TPA 399.....	4 3 3 2; 5 3 2 1
<i>Botha, Ex parte</i> 1924 TPA 423.....	4 3 2 1
<i>Braun v Blann and Botha</i> 1984 2 SA 850 (A).....	4 2 2 3; 8 2 2

<i>Bull v Executrix, Estate Bull</i> 1940 WPA 133.....	4 2 2 6
<i>Bydawell v Chapman</i> 1953 3 SA 514 (A).....	3 2 1; 4 2 2 7
<i>Calderwood, Ex parte: In re Estate Wixley</i> 1981 3 SA 727 (Z).....	4 2 2 5
<i>Carelse v Estate De Vries</i> (1906) 23 SC 532.....	4 3 1 1
<i>Cauvin, Ex parte Estate</i> 1954 2 SA 144 (K).....	4 2 2 7
<i>Cerfonteyn, Executors of v O'Haire</i> (1873) Buch 47.....	4 2 2 2
<i>Chairperson of the Constitutional Assembly, Ex parte: In re Certification of the Amended Text of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996</i> 1997 1 BCLR 1 (CC).....	5 1
<i>CIR v Lukin's Estate</i> 1956 1 SA 617 (A).....	4 2 2 3
<i>City Council of Pretoria v Walker</i> 1998 3 BCLR 257 (CC).....	5 3 2 1
<i>Coetzee, Ex parte (in re Estate Du Toit)</i> 1931 OPA 156.....	3 3 3
<i>Coetzee, Ex parte</i> 1939 OPA 48.....	4 3 2 1
<i>Cohen, Ex parte</i> 1937 TPA 155.....	4 2 2 7
<i>Cronje, Ex parte</i> 1942 OPA 86.....	4 2 2 7
<i>Crookes v Watson</i> 1956 1 SA 277 (A).....	4 2 1
<i>Crosbie's Estate, In re</i> (1910) 27 SC 50.....	4 2 2 7
<i>Cuming v Cuming</i> 1945 AA 201.....	4 2 2 7
<i>Dawoodji, Ex parte</i> 1961 2 SA 170 (SR).....	4 2 2 7
<i>De Klerk v Du Plessis</i> 1995 2 SA 40 (T).....	5 2 1 1; 5 2 1 2; 5 2 2 1
<i>De Kock, Ex parte</i> 1952 2 SA 502 (K).....	4 3 1 3; 5 3 2 8
<i>Denton's Estate, In re</i> 1951 4 SA 582 (N).....	4 2 2 7
<i>Dessels, Ex parte</i> 1976 1 SA 851 (D).....	4 3 3 1; 5 3 2 3; 5 3 2 5; 5 3 2 6; 5 3 2 8; 8 2 2 2
<i>De Villiers' Estate, Re</i> (1902) TS 117.....	4 2 2 7
<i>De Villiers v Estate De Villiers</i> 1929 KPA 106.....	4 2 2 3
<i>De Wayer v SPCA Johannesburg</i> 1963 1 SA 71 (T).....	4 3 1 3
<i>De Wet, Ex parte</i> 1931 KPA 314.....	4 3 1 3
<i>Douallier, Ex parte</i> (1907) 24 SC 282.....	4 2 2 7



<i>D'Oyly John v Lousada</i> 1957 1 SA 368 (N).....	4 2 2 6
<i>Drittman, Ex parte</i> 1919 OPA 103.....	4 2 2 7
<i>Du Plessis v De Klerk</i> 1996 5 BCLR 658 (CC).....	5 2 1 1; 5 2 1 2; 5 2 2 1; 5 4
<i>Erasmus, Ex parte</i> 1970 2 SA 176 (T).....	4 2 1
<i>Erasmus v Havenga</i> 1979 3 SA 1253 (T).....	4 2 2 5
<i>Essop v Mustapha and Essop</i> 1988 4 SA 213 (D).....	4 2 2 1
<i>Everard, Ex parte Executors Estate</i> 1938 TPA 190.....	4 2 2 5; 4 2 2 6
<i>F, Ex parte</i> 1914 WPA 27.....	3 2 2 1
<i>Finucane v MacDonald</i> 1942 KPA 19.....	4 2 2 2
<i>Fram v Fram</i> 1943 TPA 362.....	4 3 3 1; 5 3 2 1
<i>Francois' Estate v Watson</i> 1949 1 SA 483 (N).....	4 3 1 3
<i>Garden Cities Inc Association v Northpine Islamic Society</i> 1999 2 SA 268 (K).....	5 3 2 4
<i>Gardener v Whitaker</i> 1995 2 SA 672 (OK).....	5 2 1 1; 5 2 1 2; 5 2 2 1
<i>Geft v Gelbart</i> 1984 4 SA 515 (K).....	4 2 2 7
<i>Geldenhuis v Borman</i> 1990 1 SA 161 (O).....	4 2 2 1
<i>Gien v Gien</i> 1984 3 SA 54 (T).....	4 2 1
<i>Gitelson, Ex parte</i> 1949 2 SA 881 (O).....	2 3 3 1; 4 3 1 3
<i>Glazer v Glazer</i> 1963 SA 694 (A).....	3 3 1 4; 4 3 1 1; 4 3 1 2
<i>Gordon's Bay Estates v Smuts</i> 1923 AA 160.....	4 2 2 7
<i>Gowans, Ex parte: in re Estate Saunders Employees' Trust</i> 1977 3 SA 486 (D).....	4 3 2 3
<i>Greenberg v Estate Greenberg</i> 1955 3 SA 361 (A).....	8 2 2 1
<i>Grusd v Grusd</i> 1946 AA 465.....	4 3 1 3; 4 3 3 3; 5 3 2 8
<i>Hack, Ex parte Estate</i> 1945 TPA 369.....	4 3 3 3
<i>Harksen v Lane</i> 1997 11 BCLR 1489 (CC).....	5 3 2 1

<i>Harpur v Govindamall</i> 1993 4 SA 751 (A).....	4 2 2 4
<i>Harter v Epstein</i> 1953 1 SA 287 (A).....	4 2 2 7
<i>Havemann's Assignee v Havemann's Executor</i> 1927 AA 473.....	4 2 1; 4 2 2 7
<i>Haworth, Ex parte</i> 1946 KPA 679.....	4 3 3 3
<i>Henderson, Ex parte</i> 1971 4 SA 549 (D).....	4 2 2 3; 4 3 3 2
<i>Henwick v The Master</i> [1996] 4 All SA 440 (K).....	4 2 2 4
<i>Heymann v Administrators Estate Heymann</i> 1932 WPA 45.....	4 2 2 7
<i>Higgs, Ex parte: in re Estate Rangasami</i> 1969 1 SA 56 (D).....	4 3 1 3
<i>Hoeksma v Hoeksma</i> 1990 2 SA 893 (A).....	4 2 2 7
<i>Holomisa v Argus Newspapers</i> 1996 2 SA 588 (W).....	5 2; 5 2 2 1
<i>Hotz v Goodman</i> 1994 2 SA 186 (K).....	4 2 2 7
<i>Impey, Ex parte</i> 1963 1 SA 740 (K).....	4 3 3 2; 5 3 2 1
<i>Isaacs, Ex parte</i> 1964 4 SA 606 (G).....	4 3 1 3
<i>Ismail v Ismail</i> 1983 1 SA 1006 (A).....	1 3 3; 5 2 3
<i>James v James's Estate</i> 1941 OPA 66.....	3 2 2 5; 4 2 2 6
<i>Janse van Rensburg v Minister van Handel en Nywerheid</i> 1999 2 BCLR 204 (T).....	5 3 2 9
<i>Jennet, In re</i> 1976 1 SA 580 (A).....	4 2 2 4
<i>Jewish Colonial Trust v Estate Nathan</i> 1930 NPA 1.....	3 3 3
<i>Jewish Colonial Trust, Ex parte: in re Estate Nathan</i> 1967 4 SA 397 (N).....	4 3 2 3
<i>Johnstone's Executrix v The Master</i> 1919 TPA 112.....	4 2 2 2
<i>Jooste v Score Supermarket</i> 1999 2 SA 1 (CC).....	5 3 2 1
<i>Jubelius v Griesel</i> 1988 2 SA 610 (K).....	4 2 2 5
<i>Kaplan v Professional and Executive Retirement Fund</i> 1998 4 SA 1234 (W).....	4 3 2 4
<i>Keeve v Keeve</i> 1952 1 SA 619 (O).....	4 2 2 5
<i>Key, In re Estate</i> 1921 KPA 242.....	4 3 2 1



<i>Kemp, Ex parte</i> 1946 NPA 319.....	4 2 2 7
<i>Kidwell v The Master</i> 1983 1 SA 509 (OK).....	4 2 2 4
<i>Kirsten v Bailey</i> 1976 4 SA 108 (K).....	4 2 2 2
<i>Kotze en Genis (Edms) Bpk v Potgieter</i> 1995 3 SA 783 (K).....	5 2 3
<i>Ladies Christian Home v SA Association</i> 1915 KPA 467.....	4 2 2 5; 4 2 2 6
<i>Leicester Properties v Farran</i> 1976 1 SA 492 (D).....	1 3 3
<i>Leprosy Mission, The v The Master</i> 1972 4 SA 173 (K).....	4 2 2 4
<i>Lesser, Ex parte Administrators Estate</i> 1940 TPA 11.....	4 3 3 1; 5 3 2 1
<i>Levy v Schwartz</i> 1948 4 SA 930 (W).....	4 3 1 3
<i>Lindsay's Estate v McBride's Curator</i> 1939 KPA 426.....	4 2 2 3
<i>Loewenthal, Ex parte Trustees Estate</i> 1939 WPA 78.....	4 2 1; 4 2 2 7
<i>Loewenthal, Ex parte Trustees Estate</i> 1939 TPA 250.....	4 2 2 7
<i>Logue v The Master</i> 1995 1 SA 199 (N).....	4 2 2 4
<i>Lotus River, Ottery, Grassy Park Residents Association v South Peninsula Municipality</i> 1999 2 SA 817 KPA.....	5 3 2 1
<i>Lourens, Ex parte</i> 1951 3 SA 277 (O).....	4 3 2 1
<i>Macdonald, Ex parte Estate Late</i> 1945 NPA 348 .....	4 2 2 7
<i>Mandela v Falati</i> 1995 1 SA 251 (W).....	5 2 2 1
<i>Marais, Ex parte</i> 1966 3 SA 378 (O).....	4 2 2 7
<i>Maree, Estate v Redelinghuis</i> 1943 AA 547.....	4 2 1
<i>Marks v Estate Gluckman</i> 1946 AA 289.....	4 3 3 2; 4 3 3 3; 5 3 2 1
<i>Marks and Marks, Ex parte</i> 1926 TPA 1.....	4 3 2 1
<i>Marks' Executors, Ex parte</i> 1921 TPA 284.....	4 3 3 1; 5 3 2 1
<i>Marks, Ex parte Estate</i> 1970 3 SA 539 (T).....	4 2 1; 4 2 2 7
<i>Marriott, Ex parte</i> 1960 1 SA 814 (D).....	4 3 3 2; 5 3 2 1
<i>Maurice, Ex parte</i> 1995 2 SA 713 (K).....	4 2 2 4
<i>McAlpine v McAlpine</i> 1997 1 SA 736 (A).....	4 2 2 5
<i>Meyer v Rudolph's Executors</i> 1918 AA 70.....	4 2 2 5

<i>Meyer, In re Estate</i> 1922 NPA 21.....	4 3 2 1
<i>Mills, Ex parte Estate</i> 1942 2 PH G45 (K).....	4 3 2 1
<i>Millward v Glazer</i> 1949 4 SA 931 (A).....	4 2 2 2
<i>Motala v University of Natal</i> 1995 3 BCLR 374 (D).....	5 2 2 1
<i>Mouton, Ex parte</i> 1955 4 SA 460 (A).....	4 3 3 3
<i>Naidu, Ex parte</i> 1958 1 SA 719 (D).....	4 2 2 4
<i>Narshi v Ranchod</i> 1984 3 SA 926 (K).....	4 2 2 5
<i>National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice</i> 1999 1 SA 6 (CC).....	5 3 2 1; 5 3 2 2; 5 3 2 3
<i>Naude, Ex parte</i> 1945 OPA 1.....	4 2 2 7
<i>Nieuwenhuis v Schoeman's Estate</i> 1927 OPA 266.....	4 2 2 6
<i>Oldfield v The Master</i> 1971 3 SA 445 (N).....	4 2 2 4
<i>Olsen v Standeloft</i> 1983 2 SA 668 (ZS).....	4 3 3 1
<i>Oost v Reek en Snideman</i> 1967 1 SA 472 (T).....	4 2 2 5
<i>Oosthuizen v Bank van Windhoek</i> 1991 1 SA 849 (Nb).....	4 3 1 3
<i>Orpen, Estate v Estate Atkinson</i> 1966 4 SA 589 (A).....	4 2 2 3
<i>Perel, Ex parte</i> 1948 3 SA 195 (GW).....	4 3 3 3
<i>Philip v The Master</i> 1980 2 SA 934 (D).....	4 2 2 4
<i>Pienaar, Ex parte</i> 1981 4 SA 942 (O).....	4 3 1 4
<i>Pietersen, Ex parte</i> 1939 1 PH G16 (K).....	4 3 2 1
<i>Port Elizabeth Municipality v Rudman</i> 1999 1 SA 665 (OK).....	5 3 2 2
<i>Potgieter v Killian</i> 1995 11 BCLR 1498 (N).....	5 2 2 1
<i>President of the Conference of the Methodist Church of Southern Africa, Ex parte: in re William Marsh Will Trust</i> 1993 2 SA 697 (K).....	1 3 3; 4 3 1 5; 4 3 3 2; 8 2 2 3; 8 2 3 3; 8 3 2
<i>President of the Republic of South Africa v Hugo</i> 1997 BCLR 708 (CC).....	5 3 2 2
<i>Prince v President of the Law Society, Cape of Good Hope</i> 1998 8 BCLR 976 (K)...	5 3 2 4



<i>Pritchard's Trustee v Estate Pritchard</i> 1912 AA 87.....	3 2 2 3
<i>Radley v Stopforth</i> 1976 1 SA 378 (T).....	4 2 2 4
<i>Rapson v Putterill</i> 1913 AA 417.....	4 2 2 1
<i>Rattray, Ex parte</i> 1963 1 SA 556 (D).....	4 3 3 2; 5 3 2 1
<i>Receiver of Revenue v Hancke</i> 1915 AA 64.....	4 2 2 6
<i>Richards, Administrators Estate v Nichol</i> 1996 4 SA 253 (K).....	4 2 2 3; 4 2 2 7; 4 3 2 3
<i>Ritchken's Executors v Ritchken</i> 1924 WPA 17.....	4 3 1 3; 5 3 2 8
<i>Rivett-Carnac v Wiggins</i> 1997 4 BCLR 562 (K).....	5 2 3
<i>Robertson v Robertson's Executors</i> 1914 AA 503.....	4 2 1; 4 2 2 7
<i>Robinson, Ex parte</i> 1953 2 SA 430 (K).....	4 3 3 2; 5 3 2 1
<i>Rosenberg v Dry's Executors</i> 1911 AA 679.....	4 2 2 6
<i>Rubin v Altschul</i> 1961 4 SA 251 (W).....	4 3 1 3
<i>Ryklief's Heirs v Ryklief's Executors</i> 13 SC 64.....	3 3 3
<i>Ryland v Edros</i> 1997 1 BCLR 77 (K).....	1 3 3; 5 2 3; 5 3 2
<i>S v Lawrence</i> 1997 10 BCLR 1348 (CC).....	5 3 2 4
<i>S v Makwanyane</i> 1995 6 BCLR 665 (CC).....	5 3 2 2
<i>Salzer v Salzer</i> 1919 OPA 221.....	4 2 2 6
<i>Sandler, Ex parte Administrators Estate</i> 1976 4 SA 930 (K).....	4 3 3 1
<i>Schnehage, Ex parte</i> 1939 OPA 112.....	4 3 2 1
<i>Scott v Estate Scott</i> 1943 NPA 7.....	4 3 3 1; 5 3 2 1
<i>Secretary SA Association v Mostert</i> (1837) Buch 31.....	4 2 2 6
<i>Secretary SA Association v Mostert</i> (1869) Buch 231.....	4 2 2 6
<i>Senekal, Ex parte</i> 1934 TPA 131.....	4 3 2 1
<i>Sewnanden, Ex parte: in re Estate Poolbussia</i> 1948 1 SA 539 (D).....	4 2 2 4
<i>Sidelsky, Ex parte</i> 1983 4 SA 598 (K).....	4 2 2 7; 4 3 2 3
<i>Sookoo, Ex parte: in re Estate Dularie</i> 1960 4 SA 249 (D).....	4 2 2 4
<i>South African Hotels Ltd v Wienburg</i> 1950 3 SA 817 (K).....	1 3 3
<i>Spies v Smith</i> 1957 1 SA 539 (A).....	3 2 2 2; 4 2 2 2

<i>Standard Bank v Betts Brown</i> 1958 3 SA 713 (N).....	4 3 3 2; 4 3 3 3; 5 3 2 1
<i>Stemmett v Die Meester</i> 1957 3 SA 404 (K).....	4 2 2 4
<i>Stevenson v Greenberg</i> 1960 2 SA 276 (W).....	4 2 2 7; 4 3 3 1
<i>Stolz ID v The Master</i> 1994 2 PH G2 (OK).....	4 2 2 4
<i>Strauss, Ex parte</i> 1949 3 SA 929 (O).....	4 2 1
<i>Swanevelder, Ex parte</i> 1948 OPA 733.....	3 2 2 5; 3 3 2
<i>Swanevelder, Ex parte</i> 1949 1 SA 733 (O).....	4 3 1 3
<i>Taylor v Pim</i> 1903 NLR 480.....	8 3 1
<i>Terblans, Ex parte</i> 1928 OPA 200.....	4 3 2 1
<i>Tregea v Godart</i> 1939 AA 16.....	4 2 2 1
<i>Trust Bank van Afrika Bpk v President Versekeringsmaatskappy Bpk</i> 1988 1 SA 546 (W).....	1 3 3
<i>Truter v Die Administrateur, Kaapprovinsie</i> 1978 3 SA 489 (K).....	4 2 2 7
<i>Tshabalala v Tshabalala</i> 1980 1 SA 134 (O).....	4 2 2 4
<i>Union Government (Minister of Finance) v Olivier</i> 1916 AA 74.....	4 2 2 3
<i>Van der Bijl v Louw</i> 1974 2 SA 493 (K).....	4 2 1
<i>Van der Heyde, Ex parte</i> 1945 KPA 67.....	4 3 2 1
<i>Van Jaarsveld v Van Jaarsveld's Estate</i> 1938 TPA 343.....	2 2 3 5; 3 2 2 5; 4 2 2 6
<i>Van Rensburg v Van Rensburg</i> 1937 OPA 59.....	4 3 1 3
<i>Van Zyl v Esterhuyse</i> 1985 4 SA 726 (K).....	4 2 2 7
<i>Van Zyl v Van Zyl</i> 1951 3 SA 288 (A).....	4 2 2 7
<i>Varkevisser v Estate Varkevisser</i> 1959 4 SA 196 (SR).....	4 2 2 5
<i>Verseput v De Gruchy</i> 1977 4 SA 440 (W).....	4 2 2 7
<i>Vicker's Trustees v Cloete</i> 1914 KPA 575.....	4 3 1 3



<i>Wallace, Ex parte</i> 1970 1 SA 103 (NK).....	4 3 1 4; 5 3 2 9; 8 2 2 2
<i>Wasserzug v Administrators Estate Nathanson</i> 1944 TPA 369.....	4 3 3 3
<i>Watkins-Pitchford, Estate v CIR</i> 1955 2 SA 437 (A).....	4 2 1; 4 2 2 3
<i>Watling, Ex parte</i> 1982 1 SA 936 (K).....	4 2 2 7; 4 3 2 3
<i>Webb v Marquard</i> 1981 2 SA 43 (K).....	4 2 2 7
<i>Webster v The Master</i> 1996 1 SA 34 (D).....	4 2 2 4
<i>Weise and Weise v Burger</i> (1867) 5 Searle 253.....	4 2 2 7
<i>Wessels, Ex parte</i> 1924 2 PH G2 (K).....	4 3 2 1
<i>Westminster Bank Ltd v Zinn</i> 1938 AA 57.....	4 2 2 3
<i>Will v The Master</i> 1991 1 SA 206 (K).....	4 2 2 7
<i>Wittmann v Deutscher Schulverein, Pretoria</i> 1999 1 BCLR 92 (T).....	5 3 2 4; 5 3 2 6
<i>Wylie, Ex parte Estate</i> 1955 1 SA 48 (D).....	4 2 2 7
 <i>Yenapergasam v Naidoo</i> 1932 NLR 96.....	 4 3 1 3

## ENGELSE REGSPRAAK

<i>Abrahams' Will Trusts, Re, Caplan v Abrahams</i> [1967] 2 All ER 1175.....	6 2 2 2 3 3
<i>Allen, Re, Faith v Allen</i> [1953] 2 All ER 898.....	6 2 2 2 3 3
 <i>Beard, Re, Reversionary and General Securities v Hall, Re Beard v Hall</i> [1908] 1 Ch 383.....	 6 2 2 2 2
<i>Blake, Re, Lynch v Lombard</i> [1955] IR 89.....	6 2 2 2 2
<i>Blathwayt v Lord Crawley</i> [1975] 3 All ER 625.....	4 3 3 1; 6 2 2 2 1; 6 2 2 2 3 1; 6 2 2 2 3 3; 6 3 2 2 3 1; 6 3 2 2 3 3; 8 2 2 2
<i>Bonar Law Memorial Trust v Inland Revenue Commissioners</i> (1933) TLR 220...	6 2 2 2 3 2
<i>Boulter, Re, Capital and Counties Bank v Boulter</i> [1922] 1 Ch 75....	6 2 2 2 2; 6 2 2 2 3 1

<i>Bowman v Secular Society</i> [1917] AC 406.....	6 2 2 2 3 2
<i>Bromley v Tyrone</i> [1951] 2 All ER 1058.....	6 2 2 2 3 3
<i>Burke, Re</i> [1951] IR 216.....	6 2 2 2 2
<i>Caborne, Re, Hodge and Nabarro v Smith</i> [1943] 2 All ER 7.....	6 2 2 2 2
<i>Caffoor (Trustees of the Abdul Gaffoor Trust) v Commissioner of Income Tax, Colombo</i> [1961] AC 584.....	6 2 2 2 3 2
<i>Carteret v Carteret</i> (1723) 2 P Wms 132.....	6 2 2 2 3 3
<i>Clavering v Ellison</i> (1859) 7 HL Cas 707.....	4 3 3 3; 6 2 2 2 3 3
<i>Clayton v Ramsden</i> [1943] 1 All ER 16.....	4 3 3 1; 4 3 3 3; 6 2 2 2 3 1; 6 2 2 2 3 3; 6 3 2 2 3 3; 8 2 2 2
<i>Commissioner for Special Purposes of Income tax v Pemsel</i> [1891] AC 531....	6 2 2 2 3 2; 6 3 2 2 3 2
<i>Cooke v Turner</i> (1846) 15 M & W 727.....	6 2 2 2 2
<i>Coxen, Re</i> [1948] 2 All ER 492.....	6 2 2 2 3 3
<i>Craig v Lamoureux</i> [1920] AC 349.....	4 2 2 2
<i>Davies v Perpetual Trustee Company</i> [1959] AC 439.....	6 2 2 2 3 2
<i>Dominion Students' Hall Trust, In re, Dominion Students' Hall Trust v Attorney-General</i> [1947] Ch 183.....	6 2 2 2 3 2
<i>Donn, Re, Donn v Moses</i> [1943] 2 All ER 564.....	6 2 2 2 3 3
<i>Earl of Kingston v Pierepont</i> (1681) 1 Vern 5.....	6 2 2 2 2
<i>Edgar, Re, Cohen v Edgar</i> [1939] 1 All ER 635.....	6 2 2 2 2
<i>Egerton v Earl of Brownlow</i> (1853) 4 HL Cas 1.....	6 2 2 2 2
<i>Fawcett Properties v Buckingham County Council</i> [1960] 3 All ER 503.....	6 2 2 2 3 3



<i>Hodgson v Halford</i> (1879) 2 ChD 959.....	4 3 3 1; 6 2 2 2 3 1
<i>Hopkinson, Re, Lloyds Bank v Baker</i> [1949] 1 All ER 346.....	6 2 2 2 3 2
<i>Inland Revenue Commissioners v Baddeley</i> [1955] AC 572.....	6 2 2 2 3 2; 6 3 2 2 3 2
<i>Jenner v Turner</i> (1880) 16 ChD 188.....	6 2 2 2 3 1
<i>King v Gray</i> (1907) 24 SC 554.....	4 3 3 1
<i>Knox, Re</i> (1889) 23 LR Ir 542.....	6 2 2 2 3 3
<i>Long v Dennis</i> (1767) 4 Burr 2052.....	6 2 2 2 2
<i>Lysaght, In re, Hill v The Royal College of Surgeons</i> [1966] Ch 191.....	6 2 2 2 3 2; 6 3 2 2 3 2; 8 2 2 3
<i>May, Re, Eggar v May</i> [1932] 1 Ch 99.....	6 2 2 2 3 1
<i>McGovern v Attorney-General</i> [1982] Ch 321.....	6 2 2 2 3 2
<i>Mills' Will Trusts, Re, Yorkshire Insurance Company v Coward</i> [1967] 2 All ER 193.....	6 2 2 2 3 3
<i>Mitchel v Reynolds</i> (1711) 1 P Wms 181.....	6 2 2 2 2
<i>Morley v Rennoldson, Morley v Linkson</i> (1843) 2 Hare 570.....	6 2 2 2 2
<i>Moss's Trust, Re, Moss v Allen</i> [1945] 1 All ER 207.....	6 2 2 2 3 3
<i>National Anti-Vivisection Society v Inland Revenue Commissioners</i> [1948] AC 31.....	6 2 2 2 3 2

<i>Patton v Toronto General Trusts Corporation</i> [1930] AC 629.....	6 2 2 2 3 3
<i>Perrin v Lyon</i> (1807) 9 East 170.....	6 2 2 2 3 1
<i>Piper, Re, Dodd v Piper</i> [1946] 2 All ER 503.....	6 2 2 2 2; 6 2 2 2 3 1
<i>Remnant's Settlement Trusts, In re, Hooper v Wenhaston</i> (1970) 1 Ch 560.....	6 2 2 2 3 1
<i>Sandbrook, Re, Noel v Sandbrook</i> [1912] 2 Ch 471.....	6 2 2 2 2; 6 2 2 2 3 1; 6 3 2 2 3 1
<i>Selby's Will Trusts, Re, Donn v Selby</i> [1965] 3 All ER 386.....	6 2 2 2 3 3
<i>Shrewsbury v Hope Scott</i> (1859) Jur NS 452.....	6 2 2 2 2
<i>Stanley v Leigh</i> (1732) 2 P Wms 686.....	6 2 2 1 2
<i>Tegg, Re, Public Trustee v Bryant</i> [1936] 2 All ER 878.....	6 2 2 2 2; 6 2 2 2 3 1; 6 2 2 2 3 3; 8 2 2 2
<i>Tepper's Will Trusts, Re, Kramer v Ruda</i> [1987] 1 All ER 970.....	6 2 2 2 3 3; 6 3 2 2 3 3
<i>Tuck's Settlement Trusts, Re, Public Trustee v Tuck</i> [1978] 1 All ER 1047.....	6 2 2 2 3 1; 6 2 2 2 3 3
<i>Verge v Somerville</i> [1924] AC 496.....	6 2 2 2 3 2
<i>Woodhams, Re, Lloyds Bank v London College of Music</i> [1981] 1 All ER 202...	6 2 2 2 3 2

## AUSTRALIESE REGSPRAAK

<i>Aboriginal Hostels Ltd v Darwin City Council</i> (1985) LGRA 414.....	6 3 2 2 3 2
--	-------------



<i>Armenian General Benevolent Union v Union Trustee Company of Australia</i> (1952) 87 CLR 597.....	6 3 2 2 3 2
<i>Attorney-General for New South Wales v Perpetual Trustee Company</i> (1940) 63 CLR 209.....	6 3 2 2 3 2
<i>Carrodus v Carrodus</i> [1913] VLR 1.....	6 3 2 2 2
<i>Chester, Re</i> (1978) 19 SASR 247.....	6 3 2 2 2
<i>Crabtree, In re, Fidelity Trustee Company v Crabtree</i> [1954] VLR 492.....	6 3 2 2 3 3
<i>Crane, In re, Equity Trustees Executors and Agency Company v Crane</i> [1950] VLR 192.....	6 3 2 2 3 1; 6 3 2 2 3 3
<i>Cross, Re</i> [1938] VLR 221.....	6 3 2 2 3 1
<i>Cuming, Re, Nicholls and Pulic Trustee</i> (1945) 72 CLR 86.....	6 3 2 2 3 1
<i>Davies, Re</i> (1932) 48 TLR 539.....	6 3 2 2 3 2
<i>De Vedas (Deceased), In re</i> [1971] SASR 169.....	6 3 2 2 3 2
<i>Ellis, Re, Perpetual Trustee v Ellis</i> (1929) 29 SR (NSW) 470.....	6 3 2 2 2; 6 3 2 2 3 1
<i>Ettleson, In re, Ettleson v Ettleson</i> [1946] VLR 217.....	6 3 2 2 3 3
<i>Harris, In re, National Trustee Company v Sharpe</i> [1950] ALR 353..	6 3 2 2 3 1; 6 3 2 2 3 3
<i>Hartman, Re</i> [1960] Tas SR 16.....	6 3 2 2 2
<i>Hogg, Re</i> (1936) 36 SR (NSW) 61.....	6 3 2 2 3 1
<i>Jones, Re</i> (1929) 30 SR (NSW) 26.....	6 3 2 2 3 1

<i>Kearney, Re</i> [1957] VLR 56.....	6 3 2 2 3 1
<i>Mabo v Queensland (No 2)</i> (1992) 175 CLR 1.....	6 3 1
<i>Permanent Trustee v Dougall</i> (1931) 34 SR (NSW) 83.....	6 3 2 2 2
<i>Perpetual Trustee Company v Wansey</i> (1946) 46 SR (NSW) 226.....	6 3 2 2 3 3
<i>Roman Catholic Archbishop of Melbourne v Lawlor</i> (1934) 51 CLR 1.....	6 3 2 2 3 2
<i>Solomon, In re, Solomon v Solomon</i> [1946] VLR 115.....	6 3 2 2 3 3
<i>Thomson, Re</i> [1966] SASR 278.....	6 3 2 2 2
<i>Trustees of Church Property of the Diocese of Newcastle v Ebbeck</i> [1960] 104 CLR 394.....	6 3 2 2 3 1; 6 3 2 2 3 3; 8 2 2 2
<i>Union Trustee Company of Australia v Church of England Property Trusts</i> (1946) 46 SR (NSW) 298.....	6 3 2 2 3 2
<i>Wallace v Wallace</i> (1898) 24 VLR 859.....	6 3 2 2 2
<i>Winzar, In re, Public Trustee v Winzar</i> (1953) 55 WALR 35.....	6 3 2 2 3 3



## KANADADESE REGSPRAAK

*R v Big M Drug Mart* (1985) 13 CRR 64.....5 3 2 4

## NEDERLANDSE REGSPRAAK

### Hoge Raad

13 Desember 1747.....3 3 2

*HR* 30 Junie 1882 *W* 4800.....7 2 1

*HR* 21 Junie 1929 *NJ* 1325.....7 2 2 2 3; 7 3 2 2 2; 8 2 2 2

*HR* 25 Oktober 1985 *NJ* 1986, 308.....7 2 2 2 3

### Hof van Holland

20 September 1775.....3 3 2

## BELGIESE REGSPRAAK

### Hof van Cassatie

*Cass* 23 Julie 1849 *Pas* 1849, I 443.....7 3 2 2 1

*Cass* 20 April 1950 (*Waleffe*) *Pas* 1950, I 560.....7 3 2 2 1

*Cass* 27 Mei 1971 *JT* 1971, 460.....7 3 2 2 1

*Cass* 28 April 1977 *Pas* 1977, I 887; *Rec gén* 1979, 148 nr 22373.....7 3 2 2 2

**Plaaslike howe**

Brussel 15 April 1902 <i>Rev Prat Not</i> 1902, 524.....	7 3 2 2 3
Brussel 10 Februarie 1904 <i>BJ</i> 1904, 561.....	7 3 2 2 3
Rb Hasselt 19 April 1905 <i>Rev Prat Not</i> 1906, 11.....	7 3 2 2 3
Rb Charleloi 18 November 1911 <i>Rev Prat Not</i> 1912, 307.....	7 3 2 2 3
Grenoble 22 Desember 1925 <i>DP</i> , 1926.2.83; <i>S</i> , 1926.2.270.....	7 3 2 2 2
Brussel 17 Mei 1950 <i>Rev Prat Not</i> 1950, 185.....	7 3 2 2 2
Luik 4 Julie 1951 <i>Pas</i> 1952, II 72.....	7 3 2 2 3
Brussel 22 Oktober 1969 <i>Pas</i> 1970, II 13; <i>Rev Not B</i> 1971, 453.....	7 3 2 2 3
Rb Brussel 8 Mei 1980 <i>Rev Not B</i> 1981, 374.....	7 3 2 2 3
Rb Neufchâteau 4 Februarie 1981 <i>Rec Gén Enr Not</i> 1982, 262 nr 22758; <i>JT</i> 1981 492.....	7 3 2 2 3

**DUITSE REGSPRAAK****Bundesverfassungsgericht**

<i>BVerfGE</i> 58, 377, 398.....	7 4 1
<i>BVerfGE</i> 67, 329, 341.....	7 4 1

**REGSPRAAK VAN EUROPESE HOF VAN MENSEREGTE**

<i>Marckx v Belgium</i> 13 Junie 1979 Reeks A Volume 31.....	7 3 1
--	-------



## REGISTER VAN WETGEWING

### Teksverwysing

### ROMEINSE WETGEWING

lex Duodecim Tabularum (Twaalf Tafels).....	2 1; 2 2 2 1; 2 2 2 2
Corpus Iuris Civilis (Institutiones; Digesta; Codex; Novellae).....	2 1; 2 2 3 1; 2 2 3 2; 2 2 3 3; 2 2 3 4; 2 2 3 5; 2 2 3 6; 2 2 3 7; 2 3 1 1; 2 3 1 2; 2 3 1 3; 2 3 2 2; 2 3 2 3; 2 3 2 4; 2 3 2 5; 2 3 3 1; 2 3 3 2; 3 3 1 4; 3 3 3
lex Furia testamentaria.....	2 1; 2 3 2 1; 2 4
lex Voconia.....	2 1; 2 3 2 1; 2 4
Senatusconsultum Trebellianum.....	2 1; 2 3 2 3; 2 4; 3 3 1 3; 3 3 1 4; 3 4; 4 2 1
Senatusconsultum Pegasianum.....	2 1; 2 3 2 3; 2 4

### GERMAANSE WETGEWING

Lex Salica.....	3 1
-----------------	-----

### SUID-AFRIKAANSE WETGEWING

Wet 22 van 1863 (Natal).....	4 2 1
Wet 23 van 1874 (Kaap).....	4 2 1
Wet 7 van 1885 (Natal).....	4 2 1
Wetboek van die Oranje-Vrystaat van 1892.....	4 2 1
Proklamasie 28 van 1902 (Transvaal).....	4 2 1
Ordonnansie 18 van 1905 (Oranje-Vrystaat).....	4 2 1
Wet op die Unie van Suid-Afrika 9 Edw VII c 9 (Zuid-Afrika Wet van 1909).....	5 1
Wet op die Status van die Unie van Suid-Afrika 69 van 1934.....	5 1
Wet op Testamente 7 van 1953.....	1 1; 4 2 1; 4 2 2 1; 4 2 2 4; 8 2 3 3
Boedelbelastingwet 45 van 1955.....	4 3 2 4

Wet op Pensioenfondse 24 van 1956.....	4 1; 4 3; 4 3 2 4
Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 32 van 1961.....	5 1
Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed 94 van 1966.....	1 3 3; 4 1; 4 2 2 7; 4 3; 4 3 1 4; 4 3 2 1; 8 2 2 2; 8 2 3 2
Wet op die Onderverdeling van Landbougrond 70 van 1970.....	4 2 1
Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 110 van 1983.....	5 1
Wet op Intestate Erfopvolging 81 van 1987.....	1 1
Wet op die Beheer oor Trustgoed 57 van 1988..	1 3 3; 4 1; 4 2 2 7; 4 3; 4 3 1 5; 4 3 2 3; 4 3 3 2; 8 2 3 2; 8 2 3 3; 8 3 2
Wet op Onderhoud van Langslewende Gades 27 van 1990.....	4 1; 4 2 2 5; 4 3; 4 3 1 2; 8221
Mineraalwet 50 van 1991.....	4 1; 4 3; 4 3 2 2
Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993...	5 1; 5 2 2 1; 5 3 1 1; 5 3 2; 5 4
Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996..	1 1; 1 3 1; 5 1; 5 2 2 2; 5 2 3; 5 3 1 1; 5 3 2; 5 3 2 1; 5 3 2 2; 5 3 2 3; 5 3 2 4; 5 3 2 5; 5 3 2 6; 5 3 2 7; 5 3 2 8; 5 3 2 9; 5 3 2 10; 5 4; 8 2 1; 8 2 2; 8 2 2 2; 8 2 3 3; 8 3 1; 8 3 2
Wet op Gelyke Indiensneming 55 van 1998.....	8 3 2
Wet op die Herroeping van die Wet op die Onderverdeling van Landbougrond 64 van 1998.....	4 2 1
Wet op Gelykberegtiging ("Promotion of Equality and Prevention of Unfair Discrimination Act") van 2000.....	8 3 2

## ENGELSE WETGEWING

Statute of Uses van 1535.....	6 1
Statute of Wills van 1540.....	6 1
Statute of Tenures van 1660.....	6 1
Dower Act van 1833.....	6 1
Wills Act van 1837.....	4 1; 6 1
Married Women's Property Act van 1882.....	6 1



Mortmain and Charitable Uses Act van 1891.....	6 1
Law of Property Act van 1925.....	6 2 2 1 2
Statute of Westminster van 1931.....	5 1; 6 3 1
Inheritance (Family Provision) Act van 1938.....	6 1; 6 2 2 1 1
Variation of Trusts Act van 1958.....	6 2 2 2 3 1
Charities Act van 1960.....	6 2 2 2 3 2
Perpetuities and Accumulations Act van 1964.....	6 2 2 1 2
Inheritance (Provision for Family Maintenance) Act van 1975.....	6 1; 6 2 2 1 1
Sex Discrimination Act van 1975.....	6 2 2 2 3 2; 8 2 2 3
Race Relations Act van 1976.....	6 2 2 2 3 1; 6 2 2 2 3 2; 8 2 2 3; 8 3 2
Law Reform (Succession) Act van 1995.....	6 2 2 1 1
Human Rights Act van 1998.....	6 1; 6 2 2 2 1; 6 2 2 2 3 1; 6 2 2 2 3 2; 6 4
Sex Discrimination (Amendment) Act van 1999.....	6 2 2 2 3 2

### **AUSTRALIESE WETGEWING**

Australian Courts Act van 1828.....	6 3 1
Commonwealth of Australia Act van 1900.....	6 3 1; 6 3 2 2 1
Racial Discrimination Act van 1975.....	6 3 2 2 1
Sex Discrimination Act van 1984.....	6 3 2 2 1
Australia Act van 1986.....	6 3 1
Disability Discrimination Act van 1992.....	6 3 2 2 1

### **NIEU-SEELANDSE WETGEWING**

Testator's Family Maintenance Act van 1900.....	6 2 2 1 1; 6 3 2 1 1
---	----------------------

### NEDERLANDSE WETGEWING

Grondwet van 1814.....	7 2 1; 7 2 2 2 1
Burgerlijk Wetboek van 1838.....	7 2 1; 7 2 2; 7 2 2 1 2; 7 2 2 2 3; 8 2 2 1
Nieuw Burgerlijk Wetboek (nog nie ten volle in werking).....	7 2 1; 7 2 2; 7 2 2 1 2; 72223

### BELGIESE WETGEWING

Grondwet van 1831.....	7 3 1; 7 3 2 2 1
Burgerlijk Wetboek van 1804.....	7 3 1; 7 3 2 1 2; 7 3 2 2 1; 7 3 2 2 3; 8 2 2 1

### DUITSE WETGEWING

Deutscher Zollverein van 1833.....	7 4 1
Allgemeine Deutsche Wechselordnung van 1848.....	7 4 1
Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch van 1861.....	7 4 1
Bürgerliches Gesetzbuch van 1900.....	7 4 1; 7 4 2 1 2; 7 4 2 2 2
Grundgesetz van 1949.....	5 2 2 2; 7 4 1; 7 4 2 2 1; 7 4 2 2 2

----- \*